

AKTUELLE PROBLEME DES
RECHTLICHEN GEHÖRS
IM ZIVILPROZESS

von
Wolfram Waldner
aus Kronach

Dres. Erlangen 1983

1983 № 3 12



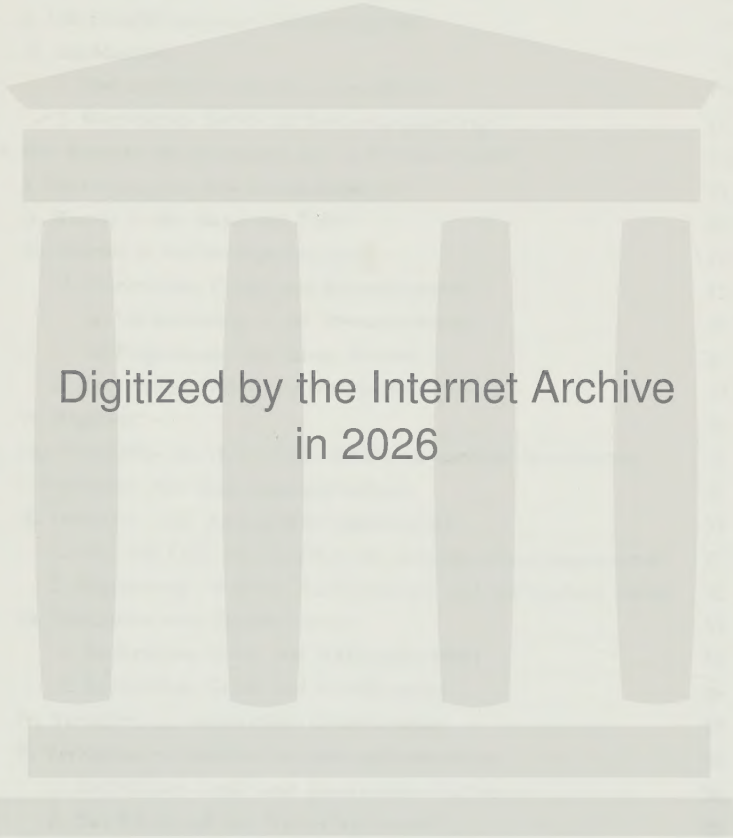
AKTUELLE PROBLEME DES RECHTLICHEN GEHÖRS IM ZIVILPROZESS

Inaugural - Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen - Nürnberg

vorgelegt von
Wolfram Waldner
aus Kronach

Referent: Prof. Dr. Karl Heinz Schwab

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Juli 1983



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546202_0002

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

§ 1. Ziel und Rechtfertigung der Arbeit	1
Erster Teil. Grundlegung	
§ 2. Das rechtliche Gehör als Verfassungssatz	5
I. Die Entwicklung zum Verfassungssatz	5
II. Rechtsnatur	9
1. Das rechtliche Gehör als Grundrecht	9
2. Rechtliches Gehör als Verfassungsauftrag?	11
§ 3. Die Wurzeln des Anspruchs auf rechtliches Gehör	13
I. Herleitung aus dem Zivilprozeßrecht	13
II. Wurzel in der Natur der Sache	14
III. Wurzel in Verfassungsprinzipien	15
1. Rechtliches Gehör und Menschenwürde	15
a) Verwurzelung in der Menschenwürde	16
b) Folgerungen aus dieser Wurzel	21
2. Rechtliches Gehör und Rechtsstaatsprinzip	23
IV. Ergebnis	24
§ 4. Das Verhältnis des rechtlichen Gehörs zu anderen Grundsätzen	26
I. Verhältnis zum Beibringungsgrundsatz	26
II. Verhältnis zum Justizgewährungsanspruch	27
1. Art. 103 I GG als Garantie des Justizgewährungsanspruchs?	27
2. Abgrenzung zwischen Justizanspruch und rechtlichem Gehör	32
III. Verhältnis zum Gleichheitssatz	33
1. Rechtliches Gehör und Waffengleichheit	33
2. Rechtliches Gehör und Willkürverbot	34
IV. Verhältnis zu materiellen Grundrechten	37
V. Verhältnis zu anderen Verfahrensgrundrechten	38
1. Rechtliches Gehör und gesetzlicher Richter	38
2. Das Recht auf ein "fairer Verfahren"	39
§ 5. Rechtliches Gehör in anderen Verfahrensordnungen	41
I. Allgemeines	41
II. Rechtliches Gehör im Recht der DDR	42
III. Rechtliches Gehör im ausländischen Recht	44
1. Schweiz	44
2. Österreich	44
3. Frankreich	45
4. Italien	45

IV. Überstaatliche Gewährleistungen	46
1. Deklaration der Menschenrechte der Vereinten Nationen	46
2. Europäische Menschenrechtskonvention	46
V. Anerkennung ausländischer Entscheidungen	47
Zweiter Teil. Der Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör	
§ 6. Das Recht auf Orientierung	49
I. Benachrichtigung vom Verfahren	49
1. Die Zustellung an den Zustellungsadressaten	50
2. Die Ersatzzustellung	50
3. Die öffentliche Zustellung	51
4. Folgen unterbliebener Benachrichtigung	53
a) Wiedereinsetzung	53
b) Wiederaufnahme des Verfahrens	54
II. Mitteilung von Äußerungen anderer Beteiligter	55
1. Pflicht zur Mitteilung	55
2. Form der Mitteilung	56
III. Das Recht auf Akteneinsicht	57
§ 7. Das Recht auf Äußerung	59
I. Inhalt des Äußerungsrechts	59
II. Umfang des Äußerungsrechts	63
1. Potentiell Erhebliches als Gegenstand des Gehörs	63
2. Gehör in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht	64
III. Das Recht, Beweise anzubieten	68
1. Grundsatz	68
2. Garantie beweisrechtlicher Grundsätze?	71
a) Beweisunmittelbarkeit	71
b) Beweislastverteilung	72
IV. Gegenstände des Äußerungsrechts	72
1. Tatsachen	72
2. Beweisergebnisse	74
3. Rechtsausführungen	75
V. Anzahl, Zeitpunkt und zeitliche Grenzen der Äußerungen	76
1. Anzahl der Äußerungsgelegenheiten	76
a) Erste Instanz	76
b) Recht auf einen Instanzenzug?	78
2. Zeitpunkt der Äußerungsgelegenheit	81
3. Zeitliche Grenzer der Äußerung	81

VI. Die Gelegenheit zur Äußerung	82
1. Keine Pflicht zur Äußerung	82
2. Verzicht auf das Äußerungsrecht	83
VII. Die Form der Gewährung des Äußerungsrechts	84
1. Kein Anspruch auf eine bestimmte Verfahrensart	85
2. Äußerungsrecht und mündliche Verhandlung	85
a) Grundsatz	85
b) Unterlassung vorgeschriebener mündlicher Verhandlung	87
c) Teilnahmerecht an mündlicher Verhandlung	88
d) Erfordernis mündlicher Verhandlung in Ausnahmefällen	88
3. Die Verfahrenssprache	89
a) Mündliche Verhandlung	89
b)Schriftsätze in fremder Sprache	90
VIII. Rechtliches Gehör und Anwaltsvertretung	92
1. Recht auf Äußerung durch einen Anwalt?	92
2. Anwaltszwang	94
3. Zurechnung des Anwaltsverschuldens	96
4. Prozeßkostenhilfe	98
a) Garantie durch das rechtliche Gehör	98
b) Prüfung der Erfolgsaussicht und Mutwilligkeit	100
§ 8. Die Pflicht zur Berücksichtigung	104
I. Pflicht zur Kenntnisnahme und Erwägung	104
1. Die Formel des BVerfG	104
2. Der Gegenstand der Berücksichtigungspflicht	105
3. Die Kenntnisnahme	107
4. Die Erwägung des zur Kenntnis Genommenen	108
5. Bedeutung der Berücksichtigungspflicht	108
6. Grenzen der Berücksichtigungspflicht	109
II. Die Pflicht zur Begründung	111
1. Grundsatz	111
2. Einzelfälle zur Bescheidungspflicht	115
§ 9. Richterliche Hinweispflicht, Rechtsgespräch und Verbot der Überraschungsentscheidung	117
I. Die richterliche Hinweispflicht	117
II. Das Rechtsgespräch	119
1. Die These Arndts	119
2. Stellungnahmen	120
3. Recht zum Rechtsgespräch	123
4. Pflicht zum Rechtsgespräch in Sonderfällen	123

III. Das Verbot der Überraschungsentscheidung	124
1. Begriff der Überraschungsentscheidung	124
2. Der Fall des § 278 III ZPO	124
3. Weitere Fälle von Überraschungsentscheidungen	127
4. Annäherung an die These vom Rechtsgespräch	129
§ 10. Rechtliches Gehör und Zeitfaktor	131
I. Der Zeitfaktor beim Recht auf Äußerung	131
1. Die ausreichende Äußerungsfrist	131
a) Grundsatz	131
b) Länge von Rechtsbehelfsfristen	134
2. Fristwahrung und Wiedereinsetzung	135
a) Fristwahrung	135
b) Wiedereinsetzung	136
3. Die Vertagung von Terminen	139
II. Der Zeitfaktor bei der Pflicht zur Berücksichtigung	141
1. Zulässigkeit von Präklusionsbestimmungen	141
2. Grenzen der Präklusionsbestimmungen	143
3. Fehlerhafte Anwendung der Präklusionsvorschriften	144
a) Subsumtionsfehler	144
b) Interpretationsfehler	145
c) Analoge Anwendung von Präklusionsnormen?	147
4. Präklusion in der Berufungsinstanz	148
III. Das Verbot überlanger Verfahrensdauer	149
§ 11. Effektive Gewährung rechtlichen Gehörs	153
I. Hilfe bei der Anspruchswahrnehmung	154
1. Ermöglichung und Erleichterung der Äußerung	154
2. Hilfe bei der inhaltlichen Wahrnehmung	157
II. Verbot einer Entscheidung ohne effektive Äußerungsmöglichkeit	158
III. Effektive Gewährung im Beweisverfahren	159
1. Rechtliches Gehör im Beweissicherungsverfahren	159
2. Äußerungsrecht zu Beweisanträgen und vorbereitenden Maßnahmen?	160
3. Der "Zeuge vom Hörensagen"	161
IV. Bindung an andere Entscheidungen	162

Dritter Teil. Der Geltungsbereich des Anspruchs auf rechtliches Gehör

§ 12. Rechtliches Gehör nach Verfassungsrecht und einfachem Recht	164
I. Der zivilprozessuale Grundsatz	164
II. Die verfassungsrechtliche Garantie	164
1. Gehör vor Gericht	165
2. Geltung im Zivilprozeß	165
3. Unabhängigkeit von der Geltung des Beibringungsgrundsatzes	166
III. Das Verhältnis beider Garantien	167
1. Ausgestaltung durch die Verfahrensordnung	167
2. Der Satz von der "unmittelbaren Geltung"	168
3. Gehörgewährung als Ermessensschranke	170
4. Anspruchskonkurrenz bei ausreichender Gewährleistung	171
§ 13. Der Geltungsbereich des rechtlichen Gehörs im ordentlichen Zivilprozeß	172
I. Der Begriff der Entscheidung	172
II. Nicht rechtsbeeinträchtigende Entscheidungen	173
1. Prozeßtechnische Entscheidungen	173
2. Vorbereitende Entscheidungen	173
III. Rechtsbeeinträchtigende Entscheidungen	174
1. Einzelfälle des erstinstanzlichen Erkenntnisverfahrens	174
a) Zuständigkeitsbestimmungsverfahren	174
b) Verweisungsverfahren	175
c) Aussetzung des Verfahrens	175
d) Übertragung auf den Einzelrichter	175
e) Verfahren bei Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit	176
f) Selbstablehnung eines Richters	177
g) Entscheidung über die Wiedereinsetzung	178
h) Zurückweisung von Vorbringen	179
i) Aufnahme ins Protokoll	179
j) Prozeßkostenhilfebewilligungsverfahren	179
k) Kostenrechtliche Verfahren und Entscheidungen	183
l) Sitzungspolizeiliche Maßnahmen	185
2. Rechtsmittelverfahren	187
a) Beschwerdeverfahren	187
b) Vorlageverfahren	189
3. Geltung in der Zwangsvollstreckung	190
a) Klauselerteilung	191
b) Pfändungsvorschriften	192
c) Verwertungsbestimmungen	192
d) Einstellung der Zwangsvollstreckung	192

§ 14. Rechtliches Gehör in besonderen Verfahrensarten	194
I. Besondere Arten des Erkenntnisverfahrens	194
1. Das Mahnverfahren	194
2. Das Versäumnisverfahren	194
3. Entscheidung nach Aktenlage	196
4. Entmündigungsverfahren	196
a) Rechtliches Gehör vor der Anordnung der Begutachtung	197
b) Recht auf mündliche Verhandlung	198
II. Summarische Verfahren	198
1. Zulässigkeit von Entscheidungen ohne vorheriges Gehör	199
2. Notwendigkeit einer Rechtsbehelfsbelehrung	201
III. Überraschungsmaßnahmen in der Zwangsvollstreckung	201
1. Allgemeines	201
2. Einzelfälle	202
a) Forderungspfändung	202
b) Richterliche Durchsuchungsanordnung	203
c) Vollstreckung zur Nachtzeit und an Feiertagen	203
IV. Schiedsgerichtliches Verfahren	204
§ 15. Die "Ausnahmen" vom Grundsatz des rechtlichen Gehörs	206
I. Fälle entbehrlichen Gehörs	206
1. Einseitig nicht rechtsbeeinträchtigende Entscheidungen	206
2. Weitere Fälle entbehrlichen Gehörs?	208
II. "Ausnahmen" in besonderen Verfahrensarten	210
III. Beschränkungen durch überragend wichtige Gemeinschaftsgüter?	211
Vierter Teil. Die Inhaber des Anspruchs auf rechtliches Gehör	
§ 16. Die möglichen Anspruchsträger	213
I. Natürliche und juristische Personen	213
II. Inländer, Ausländer und Staatenlose	215
III. Unabhängigkeit von der Prozeßfähigkeit	217
1. Trennung von Anspruch und Ausübung	217
2. Folgerungen aus der Trennung von Anspruch und Ausübung	218
a) Reihenfolge der Prozeßvoraussetzungen	218
b) Zustellung an einen Prozeßunfähigen	219
c) Prozeßfähigkeit in der Zwangsvollstreckung	220
d) Nichtigkeitsklage bei Prozeßunfähigkeit	220
IV. Zeugen, Sachverständige, Zuhörer	220

§ 17. Der Anspruch materiell betroffener Dritter	222
I. Parteien und Nebenbeteiligte	222
II. Materiell Beteiligte als Anspruchsinhaber	222
1. Grundsatz	223
2. Eingrenzung des Begriffs der materiell Betroffenen	226
a) Erfordernis rechtlicher Betroffenheit	226
b) Unmöglichkeit anderer Abwehr des Eingriffs	227
3. Einzelfälle	228
a) Ehelichkeitsanfechtungsprozeß	228
b) Klage auf Nichtbestehen einer Ehe	231
c) Ehenichtigkeitsklage	231
d) Ehescheidungsverfahren	232
e) Gesellschaftsrechtliche Auflösungsklagen	233
f) Fälle materiellrechtlichen Schutzes	233
g) Fälle materiellrechtlicher Abhängigkeit	234
4. Eingrenzungen aus der Bedeutung des Hauptprozesses	240
III. Die Form der Beteiligung Drittbetroffener	242
1. Beteiligung durch Nebenintervention	242
2. Beiladung des Drittbetroffenen	243
IV. Die Folgen der Nichtbeteiligung	244
Fünfter Teil. Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör	
§ 18. Folgen im Zivilprozeß	247
I. Keine Nichtigkeit der Entscheidung	247
1. Historisches	247
2. Geltendes Recht	248
II. Heilung des Mangels	249
1. Heilung in derselben Instanz	249
2. Heilung in der Rechtsmittelinstanz	250
a) Heilung in der Tatsacheninstanz	250
b) Heilung in der Revisionsinstanz	252
III. Folgen im Berufungs- und Revisionsverfahren	253
1. Berufung	253
2. Revision	253
a) Beruhensprüfung oder absoluter Revisionsgrund?	253
b) Kosten des Revisionsverfahrens	257
c) Nachprüfung von Vorentscheidungen	257

§ 19. Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs	259
I. Allgemeines	259
II. Bedeutung der Verfassungsbeschwerde	261
1. Statistische Angaben	261
2. Die Überlastung des BVerfG	262
a) Abschaffung der Rügbarkeit des art. 103 I GG	262
b) Erfordernis des "schweren Nachteils"	263
c) Kostenfreiheit des Verfahrens vor dem BVerfG	264
d) Selbstkontrolle der Fachgerichte	265
III. Umfang der Prüfung durch das BVerfG	265
1. Prüfungskompetenz im allgemeinen	265
a) Rechtsprechung des BVerfG	265
b) Unmittelbare und mittelbare Grundrechtsverletzung	268
2. Prüfungskompetenz bei Art. 103 I GG	270
a) Übereinstimmung von Verfassungsrecht und einfachem Recht	270
b) Die Lehre von der "Minimalgarantie"	273
IV. Kausalitätsprüfung	276
1. Erfordernis potentieller Erheblichkeit	276
2. Notwendigkeit des Beruhens	276
3. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde	278
§ 20. Die Selbstkontrolle der Zivilgerichte	281
I. Vermeidung der Verfassungsbeschwerde	281
II. Erweiterung des Instanzenzugs	283
1. Grundsatz der Unanfechtbarkeit	283
2. Ausnahmen im Beschlußverfahren	285
a) Unanfechtbare erstinstanzliche Entscheidungen	285
b) Nicht weiter anfechtbare zweitinstanzliche Entscheidungen	287
3. Ausnahmen im Urteilsverfahren	289
III. Korrektur in derselben Instanz	290
1. Gegenvorstellung im Beschlußverfahren	290
2. "Anhörungsrüge" im Urteilsverfahren	292
3. Urteilsberichtigung und Ergänzungsurteil	293
a) Verurteilung einer nichtbeteiligten Partei	293
b) Verurteilung ohne Antrag	294
c) Revisionszulassung durch Ergänzungsurteil	295

IV. Wiederaufnahme des Verfahrens	295
§ 21. Zusammenfassung der Ergebnisse	298
Literaturverzeichnis	301

Abkürzungsverzeichnis

Die verwendeten Abkürzungen folgen den Vorschlägen von

Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Aufl. von Hildebert Kirchner und Fritz Kastner, Berlin/New York 1983.

Abweichend und ergänzend werden verwendet:

BayObLG	auch: Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayRpflZ	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
BFH	auch: Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BG	auch: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	auch: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Kommentar zum Bonner Grundgesetz
BSG	auch: Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BVerfG	auch: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	auch: Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
EGMR	auch: Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung
öJBl.	Juristische Blätter (Österreich)
öZöffRVölkR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
RsprOLG	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
VwPR	Verwaltungsprozeßrecht
ZPR	Zivilprozeßrecht
Ztschr. f. schweizer. R.	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZwVR	Zwangsvollstreckungsrecht

§ 1. Ziel und Rechtfertigung der Arbeit

Von der ersten Berührung des Menschen mit der Anwendung von Rechtsnormen berichtet die Bibel im 3. Kapitel des Buches Genesis. Vor der Vertreibung Adams aus dem Paradies kam es zu einem Dialog des ersten Menschen mit Gott:

Jahwe, Gott, rief Adam und sagte zu ihm: "Wo bist du? . . . "Hast du von dem Baum gegessen, von dem nicht zu essen ich dir befohlen hatte?" Adam sagte: "Die Frau, die du mir gegeben hast, gab mir vom Baum, und ich aß."¹

Der weitere Hergang ist bekannt: Das Urteil Gottes vertrieb Adam aus dem Paradies, und er war künftig gezwungen, durch seiner Hände Arbeit sein Brot zu verdienen. Das Bemerkenswerte an dieser Stelle ist, daß Gott den Menschen anruft, ihm zu dem zur Entscheidung stehenden Sachverhalt Gehör gewährt, bevor er sein Urteil fällt. Man könnte nämlich einwenden, die Gewährung von Gehör sei hier überflüssig, da wegen der Allwissenheit Gottes der Sachverhalt hinreichend geklärt sei, und dieser Schluß ist auch tatsächlich gezogen worden.² Schon Vantius hat aber in seinem "Tractatus de nullitatibus" (1558) aus dieser Stelle gefolgert, die Möglichkeit des Beklagten, sich verteidigen zu können, bestehe nicht ausschließlich im Interesse der Wahrheitserforschung, denn dazu brauchte Gott die Äußerung des Adam nicht. Sie entspringe vielmehr dem göttlichen und natürlichen Recht; die Anhörung Adams sei zum Exempel für jeden weltlichen Richter erfolgt.³

Diese Stelle ist auch in späterer Zeit noch gerne in Bezug genommen worden, beispielsweise in den Gutachten zur Mainzer Stiftsfehde (1459 - 1463), in deren Verlauf es zur Absetzung eines Bischofs kam, ohne daß dieser vorher zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen angehört worden wäre. Hier wiesen die Rechtsgutachter des Abgesetzten darauf hin, daß das Ladungserfordernis iuris divini sei und daher

1) Gen. 3, 9 - 12; Übersetzung nach dem Text der Biblia Hebraica Stuttgartensia, ed. K. Elliger und W. Rudolph, Stuttgart 1977.

2) Gasser, S. 13: " ... quid enim profuisset probare contra Adamum? Cum iudex esset omniscius, ergo sane nec exceptiones audire necessum erat, quas pariter melius, quam pro relatione accusati, iudex ille cognitas habeat nec ex verbis ubi es ?"

3) Vantius, S. 453 f.: Et hac sollemnitate Deus omnipotens uti voluit, priusquam Adam primum hominem . . . non quod aliquid sibi foret absconditum, sed ut iudicibus saeculi in sententiis proferendis exemplum daret. Absentem itaque iudicare divinae atque humanae leges prohibent. Vgl. auch Behrendt, S. 116, 214 f.

jedes weltliche Gericht verpflichte.⁴ Und dieselbe Argumentation, die auf einem uns heute recht naiv scheinenden Bibelverständnis beruht, findet sich auch noch in einem englischen Urteil aus dem Jahre 1794, in dem es heißt: "God did not remove Adam from Eden without first calling upon him to make his defense."⁵

Es muß überraschen, wenn dieser biblische Bericht an den Beginn einer Arbeit gestellt wird, die sich die Diskussion aktueller Probleme des rechtlichen Gehörs im Zivilprozeß zum Ziel gesetzt hat, zumal Gottes Urteil über Adam nach dem Sündenfall mit einem Zivilprozeß im heutigen Verständnis nur wenig zu tun hat. Indessen erscheint der Rekurs auf diese Geschichte am besten geeignet, einen merkwürdigen Befund hinsichtlich des rechtlichen Gehörs zu illustrieren:

Der Bericht zeigt die elementare Bedeutung dieses Grundsatzes für jedes gerichtliche Verfahren. Es handelt sich offenbar nicht um ein von der Rechtswissenschaft geschaffenes Institut, das allmählich in das Empfinden des Volkes aufgenommen wurde, sondern umgekehrt um eine dem Rechtsleben des Volkes entstammende Maxime, die Eingang in juristisches Gedankengut gefunden hat.⁶ Im Grunde bereitet die Anwendung des Gebots, vor einer Entscheidung rechtliches Gehör zu gewähren, keine besonderen Schwierigkeiten; jeder Richter weiß an sich, wozu ihn der Grundsatz vom rechtlichen Gehör verpflichtet. In Widerspruch dazu steht, daß das Gebot in der Praxis noch viel zu wenig beachtet wird.⁷ Anspruch und Wirklichkeit des rechtlichen Gehörs klaffen erheblich auseinander: Die unbestrittene Anerkennung der Maxime⁸ steht in Gegensatz zu ungezählten

4) Erler, S. 23 f.; vgl. auch S. 38: "Deus antequam puniret Adam de peccato oboedientie, vocavit eum et audivit suam defensionem."

5) Mitgeteilt von Becker, S. 52 (Fn. 88).

6) Vgl. Kolb, S. 1.

7) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4 A; Rüping, S. 177; vgl. auch Mußgnug, NJW 1978, 1358.

8) Die Literatur spart hier nicht mit Superlativen. So hat man das rechtliche Gehör die "Magna Charta des gerichtlichen Verfahrens" (Ule, DVBl. 1959, 537) genannt, "suprema lex" (Schultz, MDR 1964, 980, 981), "unverzichtbaren Bestandteil eines rechtlich geordneten Verfahrens" (Forsthoff, § 12, 2 c), "Eckpfeiler des gesamten Zivilprozeßrechts" (Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4). Mit solchen Bezeichnungen ist freilich nicht viel gewonnen.

Entscheidungen von Revisions- und Verfassungsgerichten, die Erkenntnisse der Vorinstanzen wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben haben, und die - zumal bei Berücksichtigung der "Dunkelziffer" - eine erstaunliche, um nicht zu sagen: erschreckende Zahl von ganz eindeutigen und unzweifelhaften Verstößen gegen das rechtliche Gehör zeigen,⁹ oft auf Grund eines Versehens, nicht selten aber auch in bewußter Verkürzung des Anspruchs. Nicht zu Unrecht ist daher gesagt worden, die Gehörsverletzung sei wohl der am häufigsten vorkommende Verfahrensmangel.¹⁰

Die Häufigkeit von Gehörsverletzungen ist aber nicht lediglich ein statistischer Befund, den es lediglich zur Kenntnis zu nehmen gälte. Das rechtliche Gehör ist nicht einfach ein Anspruch neben anderen; es ist essentiell für das Vertrauen des Bürgers in die staatliche Rechtsprechung¹¹ und von entscheidender Bedeutung für das "Einverstandensein" des Bürgers mit dem Staat, für die Chance der Identifikation, ohne die eine Demokratie nicht dauerhaft bestehen kann, daß der Bürger "seinen" Richter findet und von ihm in fairer Weise zur Sache gehört wird.¹² Wohl nichts ist kränkender als das Gefühl, vor Gericht nicht angehört worden zu sein,¹³ weshalb sich auch ein Richter über nichts mehr grämen sollte als über den begründeten Vorwurf, kein Gehör gewährt zu haben.¹⁴

Nahezu hundert Aufsätze und Monographien haben sich allein seit der Aufnahme des Grundsatzes vom rechtlichen Gehör in das Grundgesetz neben zahlreichen Entscheidungen des BVerfG und anderer Gerichte um eine Klärung der grundsätzlichen Probleme, aber auch einer Fülle von Einzelfragen zum rechtlichen Gehör bemüht.¹⁵ Wenn aber in einer Monographie aus dem Jahr 1969 festgestellt wird,

9) Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 17; s. a. Behrendt, S. 347 und Winter-Schumann, S. 529 (552 f.).

10) E. Schneider, MDR 1978, 525 (527).

11) Behrendt, S. 370.

12) BVerfG 40, 237 (251); Behrendt, S. 31; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 34.

13) Schultz, MDR 1959, 174 (175).

14) A. Arndt, NJW 1964, 1776.

15) Diese Materialfülle hat zur Folge, daß Nachweise auch dort, wo sie einen fast bedrohlichen Umfang erreicht haben, keinen Anspruch auf Vollständigkeit mehr erheben können.

man könne "guten Gewissens" behaupten, daß die Rechtsprechung zum rechtlichen Gehör einen gewissen Abschluß gefunden habe, und der "Problembrunnen des rechtlichen Gehörs" (!) als so gut wie ausgeschöpft angesehen werden könne,¹⁶ war dies aber ebenso voreilig wie die Feststellung des BVerfG, daß auf Grund seiner umfangreichen Rechtsprechung der Geltungsbereich des Art. 103 I GG "nahezu bis in die letzten Einzelheiten geklärt"¹⁷ sei. Bis heute gibt es eine Reihe von Einzelfragen, auf die eine befriedigende Antwort bisher nicht gefunden ist, und mit neuen Vorschriften¹⁸ kommen neue hinzu. Die Problemfälle liegen sowohl auf dem Gebiet des Inhalts als auch der Inhaber des Anspruchs, besonders aber im Bereich der Folgen seiner Verletzung. Diese Tatsache scheint mir trotz der Überfülle des bereits vorliegenden Materials einen weiteren Beitrag zu den Problemen des rechtlichen Gehörs im Zivilprozeß zu rechtfertigen.

Nicht wenige Fragen des rechtlichen Gehörs können allerdings als ausgetragen angesehen werden. Sie konnten im Interesse der Geschlossenheit der Darstellung nicht ganz unbeachtet bleiben, werden aber nur kurz dargestellt, um auf die noch offenen, im ursprünglichen Wortsinn: aktuellen Fragen näher eingehen zu können. Die historische Entwicklung und die Situation in anderen Rechtsordnungen sind dort behandelt, wo es zum Verständnis der Bedeutung der Maxime für das geltende deutsche Zivilprozeßrecht zweckmäßig schien. Daß Hinweise auf das ausländische Recht im Rahmen dieser Arbeit keine Rechtsvergleichung sein sollen, sondern allenfalls die Voraussetzung für eine solche bilden können, braucht nicht besonders betont zu werden.

16) Kenneweg, S. 3.

17) BVerfG 49, 252 (259).

18) Vgl. etwa §§ 296, 513 II, 528 ZPO in der Fassung der Vereinfachungsnovelle.

Erster Teil GRUNDLEGENDE

§ 2. Das rechtliche Gehör als Verfassungssatz

I. Die Entwicklung zum Verfassungssatz

Die Geschichte des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist mehrfach Gegenstand eingehender Untersuchungen gewesen;¹ es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die Entwicklung erneut nachzuzeichnen. Einige Beispiele sollen aber die Geltung des Grundsatzes in der Geschichte illustrieren.

In den "Eumeniden" des Aischylos werden der Pallas Athene in der III. Episode folgende Verse in den Mund gelegt: "Hier sind zwei Parteien; bisher habe ich nicht mehr als eine gehört." Mehrfach findet sich in der griechischen Literatur der Satz in der imperativischen Form: "Sprich nicht ein Urteil, ehe du nicht bei der Parteien Rede gehört hast."² Schon seit Solon ist die Verpflichtung zur Gewährung rechtlichen Gehörs Bestandteil des Richtereids.³

Die Formel, mit der der Grundsatz heute umschrieben zu werden pflegt, geht allerdings auf das römische Zivilprozeßrecht zurück, in dem das beiderseitige Gehör ebenfalls als Grundsatz anerkannt war.⁴ In den Digesten ist es in den Satz gekleidet: "Neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur."⁵ Aus diesem Satz dürfte sich die Formel "audiatur et altera pars" entwickelt haben,⁶ die freilich nur einen Teilaspekt des rechtlichen Gehörs kennzeichnet, nämlich den der gleichmäßigen Behandlung beider Prozeßparteien.

Die Bedeutung des rechtlichen Gehörs für das mittelalterliche Recht wird am besten deutlich in den Rechtsspruchwörtern, die in vielen Städten die Rathäuser

1) Vgl. Graf, S. 8 ff.; Kurth, S. 23 ff.; besonders aber Rüping, S. 12 ff.

2) Büchmann, S. 610.

3) Vargha, S. 20.

4) Kaser, S. 9 und 275.

5) D. 48. 17. 1 pr.

6) Zu dem Streit, ob die Formel ursprünglich auf Seneca oder auf Augustinus zurückgeht, vgl. Kurth, S. 23 und Schultz, MDR 1959, 174 (175) einerseits und Behrendt, S. XXVII und Rüping, S. 29 (Fn. 72) andererseits.

schmücken, etwa in Nürnberg, wo im großen Rathaussaal die folgende Inschrift angebracht ist: "Eins manns red ist eine halbe red/ Man soll die teyl verhören bed".⁷

Auf das Mittelalter geht auch die Erkenntnis des rechtlichen Gehörs als eines subjektiven Rechts für den an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten zurück. Als erster Beleg hierfür ist die Magna Charta König Johannis von England vom 15. 6. 1215 anzuführen, in deren § 39 es heißt:⁸

"Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur . . . aut aliquo modo destruatur nisi per legale iudicium parium suorum vel⁹ per legem terrae."

Zwar ist das Gehör hier nicht ausdrücklich angesprochen; schon bald wurde jedoch die Formel vom "legale iudicium" als die Gewährleistung eines Verfahrensgrundrechts, des "due process of law" verstanden, der beinhaltete, einerseits in gebührender Weise vom Verfahren unterrichtet zu werden (due notice), andererseits Gelegenheit zu erhalten, seinen Standpunkt zur Geltung zu bringen (hearing). Dieselbe Bedeutung hat das 5. Amendment zur amerikanischen Verfassung von 1787 (1791), wo es heißt:¹⁰

"No person shall . . . be deprived of life, liberty, or property, without due process of law."

Als allgemeines Verfahrensprinzip ist der Satz in die jakobinische Verfassung vom 24. 6. 1793 übernommen, deren Art. 14 lautet:¹¹

"Nul ne doit être jugé et puni, qu' après avoir été entendu ou légalement appelé."

In den genannten Belegen geht es zwar vor allem um das rechtliche Gehör im Strafprozeß, und die Maxime hat auch keinen Eigenwert, sondern dient der Sicherung der materiellen Grundrechte, wie sie in der amerikanischen Erklärung

7) Weitere Rechtssprichwörter, in denen das rechtliche Gehör Ausdruck findet, bei Graf-Dietherr, S. 433.

8) Vollständiger Text bei McKechnie, S. 375, Voigt, S. 187 f. und Franz, S. 500.

9) "vel" bedeutet hier, wie oft im Mittellateinischen, "und"; es handelt sich also um kumulative Voraussetzungen; vgl. McKechnie, S. 381 f.

10) Text bei Franz, S. 38.

11) Text bei Voigt, S. 200 und Franz, S. 374.

aufgezählt sind: life, liberty, property. Dennoch ist diese Verfassungsbewegung eine Folge der naturrechtlichen Staatstheorie, die nach der Lehre vom Staatsvertrag das Verhältnis von Staat und Bürger, von staatlichem Eingriff und Individualsphäre, festen Regeln unterwerfen will.¹² Im kontinentalen Recht ist die Normierung lange Zeit nicht zuletzt deshalb unterblieben, weil man im rechtlichen Gehör ein natürliches Recht sah.¹³

In Deutschland geht die Positivierung in der Verfassung auf die Erfahrungen der nationalsozialistischen Zeit zurück. Das rechtliche Gehör blieb hier formal unangetastet. In Art. 3 Nr. 3 der Schutzverordnung i. d. F. vom 4. 12. 1943¹⁴ wurde es sogar ausdrücklich garantiert.¹⁵ Unter der Geltung von § 10 der Vereinfachungsverordnung vom 1. 9. 1939,¹⁶ nach der die Amtsgerichte und Arbeitsgerichte das Verfahren nach freiem Ermessen bestimmten, wurde das rechtliche Gehör als Ermessensschränke aufgefaßt.¹⁷ Auch die Rechtslehre des Nationalsozialismus sah im rechtlichen Gehör ein Element volkstümlicher Rechtspflege.¹⁸ Entscheidend wurde aber, daß Prozeßgrundsätze allgemein hinter dem Verfahrensergebnis zurückstehen mußten.¹⁹ So wurde die materielle Gerechtigkeit eines Urteils, "so wie sie das gesunde Volk sieht und auffaßt", nicht die Art seines Zustandekommens für ausschlaggebend angesehen.²⁰ An die Stelle von Freiheitsrechten traten Mitwirkungspflichten, die Wahrheitspflicht wurde betont,²¹ und auch das rechtliche Gehör erschöpfte sich in

12) Rüping, S. 86 f.

13) Rüping, S. 89. Vgl. auch BG 15, 679 (682): es sei das "natürliche Recht der Partei", vom Prozeßstoff Kenntnis zu nehmen. Diesen Gedanken des "prozessualen Unrechts" greift auch BVerfG 55, 1 (6) wieder auf.

14) RGBl. I 665.

15) Vgl. BGH, LM SchutzVO Nr. 4.

16) RGBl. I 1659.

17) Vgl. KG, DR 1940, 1205 und dazu Kip, S. 2; Staud, DJ 1939, 1545 (1546); v. Alberti, S. 29.

18) Freisler, Strafverfahrenserneuerung, S. 15; Herschel, ZAKdTr 1943, 211.

19) Dies galt besonders für das Strafrecht, vgl. § 5 Volksschädlingsverordnung v. 5. 9. 1939 (RGBl. I 1679) und § 23 I VO v. 21. 2. 1940 (RGBl. I 408).

20) Freisler, Nationalsozialistisches Recht, S. 73.

21) Rüping, S. 93 f.

dieser instrumentalen Funktion.²² und hatte nur dann eine Berechtigung, wenn die Findung der Wahrheit überhaupt das Ziel eines Prozesses war. So kam es zu der Pervertierung der Justiz unter dem Nationalsozialismus auch und gerade durch die Verkürzung des rechtlichen Gehörs.²³

Auf Grund dieser Erfahrungen wurde in die Verfassungen nach 1945 das rechtliche Gehör als grundlegende Norm staatlicher Rechtspflege aufgenommen, nämlich 1946 in Bayern (Art. 91 I BV)²⁴ und Thüringen (Art. 51 I Verf.),²⁵ 1947 in Sachsen-Anhalt (Art. 66 I Verf.)²⁶ und Mecklenburg²⁷ (Art. 66 II Verf.).²⁸ Die Materialien zur bayerischen Verfassung sprechen diese Veranlassung ausdrücklich aus: Der Verfassungsgeber ging von der unbestrittenen Geltung dieses rechtsstaatlichen Grundsatzes aus, hielt jedoch die ausdrückliche Aufnahme wegen der Erfahrungen unter dem Nationalsozialismus für notwendig.²⁹

Im GG zeigt der Zusammenhang mit den übrigen Bestimmungen dieses Abschnitts der Verfassung³⁰ das Anliegen des Verfassungsgebers, die für unabdingbar gehaltenen Grundsätze eines gerichtlichen Verfahrens in der Verfassung selbst niederzulegen,³¹ um die Grundrechte im gerichtlichen Verfahren kontradiktorisch zu behaupten.³² Die Aufnahme ins GG war nicht unumstritten:

22) Dem entspricht das heutige Verständnis des rechtlichen Gehörs im Recht der DDR, vgl. Behrendt, S. 324 mit Fn. 878; s. auch u. § 9 II.

23) Mit Recht nennt Behrendt, S. 283 das rechtliche Gehör einen "Indikator intakter Rechtsgemeinschaft".

24) Zum Verhältnis von Art. 91 I BV und Art. 103 I GG vgl. Kolb, S. 75 ff.

25) Text bei Wegener, S. 177.

26) Text bei Wegener, S. 190.

27) Dort lautet die Formulierung "Vor dem Gericht ..."; Text bei Wegener, S. 204.

28) Baur, AcP 153, 393 (394 Fn. 1) nennt zusätzlich noch Art. 4 II der Verf. von Württemberg-Baden von 1946 (Text bei Wegener, S. 101) und Art. 6 III der Verf. von Rheinland-Pfalz von 1947 (Text bei Wegener, S. 237). Ein Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör ist hier aber nicht ersichtlich.

29) Vgl. Rüping, S. 96 f.

30) Hier sind besonders das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG) und für den Strafprozeß das Gebot der Bestimmtheit der Strafgesetze und das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 103 II, III GG) zu nennen.

31) Baur, AcP 153, 393 (394).

32) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 2.

Einerseits wollte man den Satz als selbstverständlich streichen, andererseits bezweifelte man, ob er irgendeinen unmittelbaren Einfluß auf das Prozeßrecht haben könne.

Mit Recht hat sich der Verfassungsgeber über diese Bedenken hinweggesetzt. Die Aufnahme des Art. 103 I GG geht von der Erkenntnis aus, daß sich auch das gerichtliche Verfahren für die Zwecke einer despotischen Staatsmacht mißbrauchen läßt, weil die Gestaltung des Verfahrens nicht nur eine Frage der Zweckmäßigkeit ist, von der Erkenntnis, daß das Unrecht unter dem Deckmantel eines scheinbar ordnungsmäßigen Verfahrens seinen wahren Charakter kaschiert, wo ihn die materielle Norm offen zutage treten läßt.³³ Alle Freiheiten sind vergeblich, wenn man sie nicht im Prozeß wiedererlangen und behaupten kann.³⁴

II. Rechtsnatur

1. Das rechtliche Gehör als Grundrecht

Im Grundgesetz wurde das rechtliche Gehör nicht in den Grundrechtsteil, sondern in den Abschnitt über die Rechtsprechung eingeordnet.³⁵ Dennoch wird die Vorschrift heute von der ganz überwiegenden Meinung in Literatur³⁶ und

33) Baur, AcP 153, 393 (394).

34) Calamandrei, in: Atti, S. 9 (22); ganz anders Stein, S. III: "das 'technische Recht' in seiner allerschärfsten Ausprägung, von wechselnden Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar."

35) Art. 103 I GG stand zunächst im Grundrechtsteil und wurde später herausgenommen, nicht um seine Rechtsnatur zu ändern, sondern um den Grundrechtsteil nicht zu breit werden zu lassen (vgl. Dahs, S. 4 f.).

36) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 I; Arens, Rdnr. 35; Jauernig, 19. Aufl., § 29 I; W. Bernhardt, § 23 IV; J. Brüggemann, S. 153; Henkel, S. 245; Eb. Schmidt, I Rdnr. 335; Baur, ZPR, Rdnr. 52 und AcP 153, 393 (394); v. Münch-Rauball, Art. 103 Anm. 1; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 8 ff.; Goeckel, S. 75; Stehmann, S. 29; Helmke, S. 185; Rüping, S. 138; Pfeiffer, S. 214; Jünemann, S. 8 ff.; Schacht, S. 28; Seidel, S. 6 f.; Dahs, S. 4 f.; Rausche, S. 11 ff.; Jacobi, S. 84; Keidel, S. 35; Heck, S. 57 ff.; Kolb, S. 32 ff.; Behrendt, S. 12; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 1; Hamann, Art. 103 Anm. A 3 und AnwBl. 1958, 141 (142); Fuß, DVBl. 1958, 739 (746); Maunz-Zippelius, § 29 IV; Rumpel, S. 65 ff., 72; Schultze-Rhonhof, S. 23 ff.; B. Werner, S. 69; Lesser, DRiZ 1960, 420 (421); Bettermann, ZZP 77, 3 (12); v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); Croissant, NJW 1963, 1711; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 1; Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, Art. 91 BV Rdnr. 2; Rüping, Art. 103 Rdnr. 17; im Ergebnis auch Lerche, ZZP 78, 1 (24 Fn. 58).

Rechtsprechung³⁷ als echtes Grundrecht im Verfahren angesehen.

Teilweise wird demgegenüber gesagt, es handle sich um eine "grundrechtsgleiche Gewährleistung",³⁸ ein "grundrechtsgleiches" oder "grundrechtsähnliches" Recht,³⁹ ein "den Grundrechten im wesentlichen gleichgestelltes Recht"⁴⁰ oder eine "grundrechtsähnliche Berechtigung".⁴¹ Nur selten wird heute noch die Meinung vertreten, der Anspruch auf rechtliches Gehör sei kein echtes Grundrecht, sondern nur ein prozessualer Anspruch, der nur bei natürlichen Personen grundrechtsähnlichen Charakter habe.⁴²

Die Bedenken, die gegen die Grundrechtsqualität vorgebracht werden, überzeugen nicht. So wird gesagt, Art. 103 I GG stehe nicht im Grundrechtsteil⁴³ und Art. 93 I Nr. 4a GG rede von einer Verletzung "in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte", aber das ist rein formal,⁴⁴ und zudem dadurch bedingt, daß sich die Formulierung der Vorschrift aus dem Streit um die Qualifikation gerade heraushalten und die mit der Verfassungsbeschwerde als verletzt rügbaren Normen zweifelsfrei bezeichnen wollte.⁴⁵ Weiter wird gesagt, die Grundrechte des Grundrechtskatalogs verschafften dem Berechtigten eine ständige, gegenwärtige Rechtsposition, während Art. 103 I GG nur eine formelle Rechtsposition im Prozeß verschaffe, vorher dagegen nur ein potentes künftiges Recht.⁴⁶ Aber auch hierin liegt kein grundsätzlicher Unterschied: Auch die materiellen Grundrechte entfalten ihre

37) BVerfG 1,332 (347); 1, 418 (429); 7, 275 (278); 9,89 (95); 39, 156 (168); 50, 32 (35); 58, 353 (356); BVerfG, NJW 1982, 2234; BayVerfGH 6, 136 (139); 11,90 (93); 26, 127 (132); 27, 109 (113).

38) Arndt, NJW 1959, 6.

39) Braun, NJW 1981, 425; Jagusch, NJW 1959, 265; Hill, MDR 1959, 818; Zweigert, JZ 1952, 321; Röhl, NJW 1953, 1531; Peters, JZ 1958, 435; unentschieden BGH 48, 327 (330) und Mes, S. 70: "Grundrecht oder grundrechtsgleiches Recht".

40) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 1.

41) Ortlieb, S. 41.

42) Kurth, S. 53; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 19 Rdnr. 13; Ule, DVBl. 1959, 537 (541). In ähnlichem Sinne auch die vereinzelt gebliebenen Entscheidungen BVerfG 21,362 (373) und NJW 1982, 2173 (2174): Art. 103 I GG gehöre formell nicht zu den Grundrechten, gewährleiste auch nach seinem Inhalt kein Individualrecht, sondern enthalte einen objektiven Verfahrensgrundsatz.

43) Heinzmann, S. 37.

44) Das erkennt auch Kurth, S. 47 an.

45) Schultze-Rhonhof, S. 26 (Fn. 6).

46) Kurth, S. 47 f.

Wirkung nur in bestimmten Situationen. Auch Art. 10 GG schützt nur den, der einen Brief schreibt oder erhält, Art. 4 III GG nur denjenigen, der Kriegsdienst leisten soll. In gleicher Weise schützt Art. 103 I GG den, der einen Prozeß führen will oder ihm ausgesetzt ist. Richtig ist natürlich, daß Art. 103 I GG als Prozeßgrundrecht kein materielles Recht gegenüber dem Staat garantiert und schafft, sondern ein formelles Recht zur Erzwingung von ihm vorausgesetzter materieller Rechte darstellt.⁴⁷

Unergiebig ist es, dem rechtlichen Gehör einen "Doppelcharakter" zuzuerkennen: Es sei einerseits subjektives Grundrecht, andererseits eine objektive Verfahrensnorm mit Verfassungsrang.⁴⁸ Da sich jedermann auf die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs berufen kann, können sich aus der objektiven Verfahrensnorm keine Folgerungen ergeben, die nicht auch aus dem Grundrechtscharakter zu ziehen wären.

2. Rechtliches Gehör als Verfassungsauftrag?

Aus der Rechtsnatur ergibt sich, daß nicht nur die Gerichte, sondern auch der Gesetzgeber an Art. 103 I GG gebunden ist. Insofern ist die Vorschrift auch ein Verfassungsauftrag, Vorschriften, die das rechtliche Gehör verfassungswidrig ausschließen, aus den Prozeßgesetzen zu entfernen und keine neuen diesen Inhalts aufzunehmen. Zweifelhaft ist aber, ob aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ein Verfassungsauftrag zu entnehmen ist, das Verfahrensrecht zu überprüfen und durch Aufnahme ausdrücklicher Anhörungsvorschriften das rechtliche Gehör im Prozeßrecht ausreichend zu gewährleisten.⁴⁹ Bestünde ein solcher Auftrag der Verfassung, so wäre es mit dem GG unvereinbar, daß in der ZPO eine den §§ 33 I StPO, 62 SGG, 108 II SGG, 108 II VwGO, 96 II FGO, 128 II SGG entsprechende Vorschrift über die Gewährung rechtlichen Gehörs fehlt.

Eine solche Pflicht ist aber aus Art. 103 I GG weder ableitbar noch führt sie zu Rechtsunsicherheit. Angesichts der Geltung des Art. 103 I GG ist das Recht auf Gehör auch gewährleistet, wenn die ZPO schweigt,⁵⁰ so daß die nur

47) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 9.

48) BVerfG 21,362 (373); Dahs, S. 8; B. Werner, S. 69; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 16; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 17.

49) So Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 11, Ortlieb, S. 194; ähnlich Jünemann, S. 24.

kursorische Regelung in diesem Verfahrensgesetz kein Hindernis gewesen ist, hier dem Prinzip des rechtlichen Gehörs zum Durchbruch zu verhelfen. Allerdings mag es im Einzelfall zweifelhaft sein, ob in einer bestimmten Prozeßsituation eine Pflicht zur Anhörung besteht.⁵¹ Indessen ist es sicher nicht falsch, wenn der Richter im Zweifel anhört, auch wenn er nicht sicher ist, ob die Anhörung auch von Verfassungs wegen geboten ist. Einer Prozeßverschleppung ist nicht durch eine restriktive Gehörgewährung, sondern durch entsprechende Äußerungsfristen vorzubeugen.⁵²

50) Vgl. dazu im einzelnen u. § 12 III 2.

51) Vgl. die u. §§ 13, 14 diskutierten Einzelfälle.

52) In einer rechtlich und tatsächlich einfach gelagerten Sache kann es dem Beteiligten durchaus zugemutet werden, sich innerhalb einer Frist von einer Woche zu äußern; a. A. allerdings Ostler, ZRP 1981, 59.

§ 3. Die Wurzeln des Anspruchs auf rechtliches Gehör

I. Herleitung aus dem Zivilprozeßrecht

Vor der Verankerung des rechtlichen Gehörs im GG versuchte man, den Grundsatz vom rechtlichen Gehör aus einzelnen Vorschriften der ZPO abzuleiten, die vom rechtlichen Gehör oder von einer Anhörung sprechen. Man nannte dafür insbesondere die §§ 136,¹ 138,² 139,³ 141,⁴ 272a, 272 b, 279a,⁵ 278,⁶ 335 I Nr. 3,⁷ 337,⁸ 349,⁹ 350, 351 - 353,¹⁰ 439 und 452,¹¹ 1034 und 1041.¹² Alle diese Vorschriften wollen aber nicht den Grundsatz selbst regeln, sondern setzen ihn schon voraus; die wenigen Vorschriften, die ihn übernehmen, erschöpfen ihn deshalb nicht.¹³ Gegen diesen Versuch einer Herleitung aus prozessualen Einzelregelungen spricht auch schon, daß das rechtliche Gehör auch schon vor Geltung der ZPO im gemeinen Zivilprozeß anerkannt war und ein die Verfahrens- und Rechtsordnungen übergreifender Grundsatz ist. Die Herleitung aus einzelnen zivilprozessualen Vorschriften hat daher heute nur noch historische Bedeutung.

- 1) Kleinfeller, S. 191; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl., vor § 128 Anm. II 1 a; Graf, S. 28; Rosenberg, 9. Aufl., § 63 I; RG 81, 321 (324); 160, 157 (162).
- 2) Kleinfeller, S. 191; Skonietzki-Gelpcke, vor § 128 Anm. 2 A; Stein-Juncker, S. 35; a.A. Graf, S. 28.
- 3) Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl., vor § 128 Anm. II 1 a; Graf, S. 28; Rosenberg, 9. Aufl., § 63 I; RG 81, 321 (324); 160, 157 (162).
- 4) RG 81, 321 (324); 160, 157 (162); Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl., vor § 128 Anm. II 1 a; Rosenberg, 9. Aufl., § 63 I; a.A. Graf, S. 29.
- 5) Fischer, S. 209.
- 6) Graf, S. 28.
- 7) Kisch, JW 1929, 1596 (1597); W. Bernhardt, Rechtsstreit, S. 45; Graf, S. 28.
- 8) RG 81, 321 (324); 160, 157 (162); Stein-Jonas-Schönke-Pohle, 18. Aufl., vor § 128 Anm. II 1 a; Rosenberg, 9. Aufl., § 63 I.
- 9) Fischer, S. 209; Graf, S. 28.
- 10) Kleinfeller, S. 191.
- 11) Stein-Juncker, S. 35.
- 12) Fitting, S. 94; Heilfron-Pick, S. 456.
- 13) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 1; Prager, AcP 133, 143 (149 f.); Heck, S. 18; Kurth, S. 39 f.; ähnlich auch Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 3; Rüping, S. 113; Schultze-Rhonhof, S. 8.

II. Wurzel in der Natur der Sache

Die Beobachtung, daß das rechtliche Gehör zumindest im Grundsatz in Geschichte und Gegenwart, in demokratischen und totalitären Staaten beachtet wird, legt es nahe, daß es eine von der jeweiligen Ausgestaltung der staatlichen Ordnung und von den historischen Gegebenheiten unabhängige Wurzel des Anspruchs auf rechtliches Gehör geben muß. Eine solche ist im Gebot der richtigen¹⁴ und gerechten Entscheidung zu sehen. Eine vollständige Abklärung der tatsächlichen Grundlagen einer Entscheidung setzt die Möglichkeit voraus, daß sich die Parteien äußern können. Wenn sich aber die richterliche Entscheidung eines Streits nur nach vorherigem Gehör der Parteien denken läßt, ergibt sich die Forderung, Gehör zu gewähren, bereits aus der Natur der Sache und ist für ein gerichtliches Verfahren konstitutiv und unabdingbar. Indem jede Partei ihre Darstellung des Sachverhalts - und das sind erfahrungsgemäß die ihr günstigen Elemente - vorträgt, gewinnt der Richter in objektiver Beurteilung ein Bild des Sachverhalts.¹⁵ Diese Funktion des rechtlichen Gehörs, die von Struktur und Menschenbild des Staates unabhängig ist, hat sich durch die Aufnahme in die Verfassungen nicht verändert.

Es erscheint daher nicht zutreffend, wenn der BayVerfGH in einem obiter dictum meint, das rechtliche Gehör bezwecke "einzig und allein den Schutz der Verfahrensbeteiligten".¹⁶ Mitunter kann es allerdings Prozeßsituationen geben, in denen

14) Wenn man annimmt, daß mehrere Entscheidungen "richtig" sein können, garantiert das rechtliche Gehör zumindest die "bestmögliche" Entscheidung in einer konkreten Prozeßsituation (vgl. Kollhosser, S. 94).

15) BVerfG 55,1 (5 f.); ROHG 3, 167 (170); Rüping, S. 117 f.; Kopp, AöR 106, 604 (606); Jünemann, S. 18 f.; Kenneweg, S. 19 f.; Schorn, Menschenwürde, S. 67 f.; Kollhosser, S. 92 ff.; Lorenz, S. 230; Mes, S. 67; Bolgiano, S. 37; Graf, S. 24; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1034 f.); R. Schmidt, S. 417; Pawlowski, ZfP 80,361 (388); Waechter, Betrieb 1971, 289; Rumpel, S. 40 f.; Kohler, S. 17; Löwe, S. 79; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 31.

16) BayVerfGH 5, 30 (40); ähnlich Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (310 f.): das rechtliche Gehör sei kein Mitwirkungsrecht, sondern allein Wahrung der menschlichen Würde in dem Sinn, daß die Ungleichheit zwischen dem einzelnen und dem Staat, die bei einer Auseinandersetzung vor staatlichen Instanzen zum Ausdruck kommt, die Spitze genommen wird.

der Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit in den Hintergrund tritt und das rechtliche Gehör die richtige Entscheidung nicht zu fördern geeignet ist. Die kontradiktorische Prozeßsituation führt nicht selten zu einem Prozeßverhalten der Parteien, das die objektive Beurteilung durch den Richter nicht erleichtert, sondern erschwert.¹⁷

Ebensowenig richtig ist es aber, wenn das rechtliche Gehör ausschließlich aus dieser Wurzel abgeleitet und ganz im Dienst der sachgemäßen Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens,¹⁸ oder gar als reine Zweckmäßigkeitsentscheidung¹⁹ des Gesetzgebers angesehen wird. Wäre dem nämlich so, dann könnte nicht selten das Recht auf Gehör mit der mitunter sogar zutreffenden Begründung abgeschnitten werden, von einer Anhörung sei eine weitere Klärung des Sachverhalts nicht mehr zu erwarten.²⁰

III. Wurzel in Verfassungsprinzipien

1. Rechtliches Gehör und Menschenwürde

Die Verwurzelung in der "Natur der Sache" ist daher nur eine Begründung des rechtlichen Gehörs. Diente es nur diesem Zweck, so wäre für ein Recht des Beteiligten, zu Wort zu kommen, kein Platz mehr, wenn die Urteilsgrundlage bereits auf andere Weise gewonnen ist,²¹ die Anhörung Adams vor seiner Vertreibung aus dem Paradies erweise sich als überflüssig.

17) Schönke-Kuchinke, § 8 III 1; ähnlich Baur, AcP 153,393 (402) und Ortlieb, S. 40, letzterer allerdings von der irrigen Annahme aus, daß für die Partei im Zivilprozeß keine Wahrheitspflicht bestehe. Gegen die Herleitung aus der Natur der Sache auch noch Heck, S. 18 f.

18) Schwartz, S. 11 f.; W. Bernhardt, § 23 IV; Hellwig, S. 408; A. Blomeyer, ZPR, § 16 I 1; Hesse, § 14 III 2 d; ablehnend Kolb, S. 21.

19) Förster-Kann, § 128 Anm. 4 b cc; Ratz, AcP 141, 1 (8).

20) Diese Meinung vertraten Förster-Kann, § 128 Anm. 4 b bb: Das rechtliche Gehör sei fakultativ, sofern es nicht ausdrücklich vorgeschrieben sei. Das Gericht werde von der Befugnis des Nichthörens Gebrauch machen, wenn der Sachverhalt nach dem Inhalt der Akten derart geklärt erscheine, daß von der Äußerung des Gegners eine Einwirkung auf die richterliche Überzeugung nicht zu erwarten sei. Bereits Prager, AcP 133, 143 (171 Fn. 63) bezeichnet diese Auffassung als "unhaltbar".

21) Rüping, S. 119.

Diese Ansicht würde dem Verfahrensergebnis Vorrang vor der Form einräumen. Die Folgen zeigten sich deutlich in den Hexenprozessen des Mittelalters. Es ging ihnen nur um die Ausrottung der Hexen und die Überwindung der ihnen innewohnenden überirdischen Kräfte.²² Hier ergab sich für die damalige Gerichtspraxis aus der Natur der Sache gerade nicht die Gewährung, sondern die fast vollständige Versagung des Gehörs durch Verurteilung der Hexen ohne Mitteilung der belastenden Indizien und ohne Gelegenheit zur Äußerung.

a) Verwurzelung in der Menschenwürde

Eine Hauptbedeutung der Verankerung des rechtlichen Gehörs in den Verfassungen liegt deshalb darin, daß dadurch ein selbständiges subjektives Recht auf Gehör geschaffen worden und als "prozessuales Urrecht des Menschen"²³ anerkannt worden ist.²⁴

Nach dem Inkrafttreten des GG wurde die Qualifikation des rechtlichen Gehörs als subjektives Recht, soweit ich sehe, nur von C. Peters abgelehnt, der meinte, das rechtliche Gehör möge eine programmatische Erklärung sein, die nicht unmittelbar für das Verfahrensrecht gelte.²⁵ Die Unrichtigkeit dieser Auffassung liegt auf der Hand.

Man könnte wegen der "Unrechtsabwehrtendenz"²⁶ des rechtlichen Gehörs geneigt sein, anzunehmen, daß der Anspruch zum status negativus gehöre. Die Ausübung des Rechts auf Gehör allein vermag aber die Bedrohung der Rechtsposition, die der Anspruchsträger behauptet, nicht abzuwenden. Dazu kommt es vielmehr erst durch die gerichtliche Entgegennahme des Geäußerten und Berücksichtigung bei der Urteilsfindung. Das Recht auf Gehör gibt also einen Anspruch auf diese Leistung des Staates, gehört daher zum status positivus.²⁷

Dieses subjektive Recht dient der Achtung vor der Würde des Menschen,²⁸ der

22) Vgl. eingehend Rüping, S. 60 ff.

23) BVerfG 55, 1 (6).

24) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 I; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 8; Bettermann, AöR 94, 263 (312); Lorenz, S. 232 (Fn. 33); Hamann, AnwBl. 1958, 141 (142); Vollkommer, Rpfleger 1982, 1 (7); Jünemann, S. 13; Heck, S. 34; Schönke-Kuchinke, § 8 III 1; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); Rumpel, S. 62; Schultze-Rhonhof, S. 25; Jacobi, S. 91; BayVerfGH 11,90 (93).

25) MDR 1952, 137 (139). Peters selbst bezeichnet jedoch an anderer Stelle seinen Aufsatzes das rechtliche Gehör als Grundrecht. - In die gleiche Richtung geht aber die Ansicht von Bruns, Rdnr. 34, der im rechtlichen Gehör einen Grundsatz sieht, der sich mehr an den Richter wende als den Parteien Befugnisse zuteile und nur in Grenzfällen extremer Mißachtung der Sanktion zugänglich sei.

26) Baur, AcP 153, 393 (402).

27) Ebenso Kolb, S. 43 und Heck, S. 39 f.

- nach einer Formulierung des BVerfG - in einer so schwerwiegenden Lage, wie ein Prozeß sie für gewöhnlich darstellt, die Möglichkeit haben muß, sich mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten. Das rechtliche Gehör verbietet infolge seiner Verankerung in der Menschenwürde, daß mit dem Menschen "kurzer Prozeß" gemacht werde;²⁹ die Prozeßbeteiligten brauchen sich nicht "überfahren" zu lassen.³⁰ In dieser Ableitung aus der Menschenwürde liegt nicht allein eine Rangerhöhung, sondern auch eine Einbettung unmittelbar in die wertgebundene Kernordnung von Würde, Freiheit und Gleichheit des Menschen. Diese Zuordnung bedeutet gegenüber der Annahme einer bloß instrumentalischen Funktion eine wesentliche Veränderung des Standorts innerhalb der Rechtsordnung.³¹ Diese Auffassung deckt sich auch mit der rechtsphilosophischen Erkenntnis, daß das Recht auf keinem anderen Weg als dem des Dialogs gefunden werden kann, und daß die Gewißheit der Richtigkeit allein in der Form von Rede und Gegenrede entstehen kann.³²

28) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 I; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1015) und Rechtliches Gehör, S. 16; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 1; D. Brüggemann, JR 1969, 361; Rausche, S. 5 f.; Helmke, S. 186; Schöнке-Kuchinke, § 8 III; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 5, 8; Röhl, NJW 1958, 1268; Hamann, AnwBl. 1958, 141; A. Arndt, NJW 1959, 6 und 1297 (1298); v. Winterfeld, NJW 1961, 849; Behrendt, S. 10 ff., 40 ff.; Jünemann, S. 10 f.; Goeckel, S. 74; R. Schneider, NJW 1977, 873; Rüping, S. 124 ff. und BK, Art. 103 Rdnr. 11 f.; Hamann, Art. 103 Anm. A 1; Jansen, S. 18; Wintrich, BayVbl. 1957, 137 (139) und Grundrechte, S. 18; Seidel, S. 4; Pfeiffer, S. 214; Aumüller, S. 12; Heck, S. 23 ff.; Tschira-Schmitt Glaeser, S. 290; Dahs-Dahs, Rdnr. 79; Koeniger, S. 242; Möhring-Nirk, 25 Jahre BGH, S. 305 (311); Lorenz, S. 233; Lässig, Deutsch, S. 99; J. Bernhardt, S. 66 f.; Habscheid, JR 1958, 361 (365); v. Stackelberg, AnwBl. 1959, 190 (200); Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 70a; Bockelmann, DAR 1963, 231 (232); Weitzel, JuS 1976, 722 (723); Rumpel, S. 68 f.; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 1; Zippelius, BK Art. 1 Rdnr. 14; Kunz, S. 163 (Fn. 2); Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 84; Dürig, AöR 81, 117 (128 f.); Hanack, JZ 1966, 43 (48); Piesker, BB 1961, 890; Säcker, Rpfleger 1971, 161; BVerfG 7, 275 (279); 9, 89 (95); 55, 1 (6); 39, 156 (168); BGH 48, 327 (333); BayVerfGH 13, 24 (26); BayObLG, NJW 1967, 1235 (1236); für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 26 f.

29) BVerfG 55, 1 (6); s. auch Vollkommer, Rpfleger 1982, 1 (6).

30) D. Brüggemann, JR 1969, 361.

31) v. Winterfeld, NJW 1961, 849; zustimmend Behrendt, S. 41; ablehnend Seidel, S. 5.

32) Jansen, S. 19; Geiger, DRiZ 1963, 170 (176); A. Arndt, NJW 1963, 1590 (1592).

Nicht richtig ist es, daß die Auffassung von der Verwurzelung des rechtlichen Gehörs in der Menschenwürde vom BVerfG begründet worden sei.³³ Dieser Gedanke hat vielmehr bereits im 19. Jahrhundert bei dem Schweizer Juristen Friedrich Ludwig Keller (1799 - 1860) Ausdruck gefunden, der den Satz prägte:

"Es ist eines der schönsten Rechte des freien Bürgers, daß er seine ökonomischen Angelegenheiten, wenn sie streitig gemacht werden, dem Richter nicht wie Sklaven ihrem Herrn in den Schoß werfen und seine Gnade erbetteln muß, sondern daß er sie vor demselben in Gegenwart seiner Gegner verteidigen und dafür einen Sachverständigen, den Advokaten, beiziehen kann."³⁴

Die Erkenntnis des Eigenwerts des rechtlichen Gehörs, losgelöst von seiner Funktion als Mittel zum Zweck der Sachaufklärung ist sogar noch weit älter. Bereits die "Practica Nova" des Benedict Carpzov (1638) zieht für die Geltung des Gehörs vor allem die naturrechtliche Begründung heran,³⁵ die ihre Quelle wiederum in dem Dialog Adams mit Gott vor der Vertreibung aus dem Paradies hat, von der zu Anfang die Rede war.

Wenn man will, kann man für diesen personalen Bezug des Gehörs auf die Menschenwürde auch bereits den Bericht über dieses Geschehen heranziehen: Die Schlange wird nämlich von Gott weder angeredet noch zu einer Stellungnahme aufgefordert.³⁶

Diese Grundlegung in der Menschenwürde hat allerdings bis heute keine allgemeine Anerkennung gefunden. Die Ablehnung wird unterschiedlich begründet.³⁷ So meint Ule, die Zurückführung des rechtlichen Gehörs auf die Achtung der Menschenwürde "greife zu tief",³⁸ Dahs, beim gerichtlichen Verfahren gehe es "in erster Linie um andere Dinge als die Menschenwürde,"³⁹ und Lerche ist der Ansicht, durch die Berufung auf die Würde des Menschen werde "die Sache mehr verdunkelt als erhellt."⁴⁰

33) So aber Schwartz, S. 12.

34) Zitiert nach Kaufmann, S. 4.

35) Rüping, S. 54 f. mit zahlreichen Nachw.

36) Vgl. v. Rad, S. 65; ein Verhör der Schlange fehle "bezeichnenderweise".

37) Ablehnend neben den im folgenden Text Genannten auch Knack, § 28 VwVfG Rdnr. 2.1; BayVerfGH 18, 140 (152); differenzierend Kurth, S. 52; es handle sich dabei nur um einen neuentdeckten Wesenszug, eine "ideologische Überhöhung der Individualschutzsphäre"; kritisch auch Kollhossner, S. 91; unentschieden Grunsky, § 25 I.

38) Ule, DVBl. 1959, 537 (541).

39) Dahs, S. 1 ff., 4; zustimmend Eb. Schmidt, JZ 1965, 733.

Häufig wird argumentiert, daß, wenn das rechtliche Gehör durch die Menschenwürde gefordert werde, es hiervon keine Ausnahme geben dürfe, weil jede Ausnahme den Betroffenen zum Objekt herabwürdige.⁴¹ Ob es vom Grundsatz des rechtlichen Gehörs überhaupt echte Ausnahmen gibt, wird an anderer Stelle zu behandeln sein;⁴² jedenfalls beruht dieser Einwand aber auf einer unzulässigen Umkehrung des Satzes von der Verankerung des rechtlichen Gehörs in der Menschenwürde. Diese Verwurzelung bedeutet nämlich nicht, daß jede Verletzung des rechtlichen Gehörs die Menschenwürde verletzen müßte.⁴³ Eine Verletzung des Rechts auf Gehör kann auch dann zu bejahen sein, wenn die Gehörsverletzung keinen Einfluß auf das Urteil hatte;⁴⁴ in einem solchen Fall kann aber von Verletzung der Menschenwürde nicht die Rede sein.⁴⁵ Auch andere Grundrechte, bei denen die Begründung in der Menschenwürde nicht in Frage gestellt wird, wie das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) können mit größerer oder geringerer Intensität verletzt sein, ohne daß deshalb ihr Ursprung in der Menschenwürde in Frage gestellt wäre. Ebenso gibt es auch Verletzungen des rechtlichen Gehörs mit unterschiedlicher Intensität, aber nur die Verletzung in einem Kernbereich kann zugleich als Verletzung der Menschenwürde angesehen werden.

Eine solche Verletzung des rechtlichen Gehörs in seinem Kernbereich ist dann anzunehmen, wenn durch das Abschneiden jeder Äußerungsmöglichkeit der Beteiligten zum bloßen Objekt des Verfahrens gemacht wird.⁴⁶ Besondere Bedeutung

40) Lerche, ZZP 78, 1 (23 Fn. 52); gegen ihn Behrendt, S. 52 ff.; s. auch Lerche, ZZP 78, 1 (5 Fn. 5): das schweizerische Bundesgericht stütze das rechtliche Gehör jetzt "bedauerlicherweise" auf die 'Würde' (!) des Menschen.

41) Schwartz, S. 12; A. Blomeyer, ZPR, § 16 I 2; W. Bernhardt, § 23 IV; Kolb, S. 15 ff.; Mes, S. 71; Pawlowski, ZZP 80, 345 (359 f.); Henkel, S. 246; Neale, S. 18; Schacht, S. 34 ff., 41.

42) S. u. § 15.

43) Heck, S. 26; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 1; zu Unrecht meinen Rüping, S. 127 und Kolb, S. 16 f., eine solche Einschränkung stelle die Menschenwürde als Grundlage des Gehörs in Frage.

44) Hier fehlt es lediglich am Beruhen auf dieser Verletzung; vgl. u. §§ 18 III 2 a und 19 IV 2.

45) Henkel, ZZP 77, 321 (346).

46) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 I; Lässig, Deutsch, S. 99; Schönke-Kuchinke, § 8 III 1; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 1; J. Bernhardt, S. 68; Bockelmann, DAR 1963, 231 (233); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (362); Felix, FinRdsch. 1961, 297; Berkemann, JZ 1979, 545 (549); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 1; B. Werner, S. 69; BVerfG 9, 89 (95); BGH 48, 327 (333); Stein-Jonas-Schumann, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 504.

hat diese Erkenntnis in der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hier wurde früher die Anhörung der Beteiligten als ein Erkenntnismittel neben anderen zur Ermittlung des Sachverhalts betrachtet.⁴⁷ Seit der Aufnahme des rechtlichen Gehörs in das GG wird das Recht auf Gehör aber auch hier als ein dem Individualinteresse des Beteiligten dienender Anspruch angesehen und seine Geltung einhellig bejaht.⁴⁸

Aus diesem Grund ist beispielsweise die Vorschrift des § 2360 II BGB, nach welcher als Erbprätendenten in Betracht kommende Personen bei Vorliegen eines Privattestaments vor der Erbscheinserteilung gehört werden "sollen", mit Art. 103 I GG unvereinbar. § 2360 II BGB ist verfassungskonform als Mußvorschrift zu lesen.⁴⁹

Dem Prozeßbeteiligten ist durch das rechtliche Gehör ein autonomer Bereich zuerkannt, innerhalb dessen er selbst entscheiden kann und soll, ob und wie er Angriffe gegen die von ihm behauptete Rechtsposition abwehrt. Insofern kann man auch die Selbstbestimmung und Selbstverantwortung des Menschen, die ihm kraft seiner Würde zukommen, als Grundlagen des Rechts auf Gehör ansehen.⁵⁰ Infolge

47) Puchta, S. 70; weitere Nachweise bei Firsching, NJW 1955, 613.

48) BVerfG 19, 49 (51); BayVerfGH 23, 143 (148); BayObLG 1965, 359 (361); OLG Köln, NJW 1956, 1925; OLG Oldenburg, NdsRpfl. 1958, 17; OLG Stuttgart, NJW 1963, 1161; LG Köln, FamRZ 1960, 445; Baur, AcP 153, 393 (406); Habscheid, FG, § 20 II 2 und JR 1958, 361 (365); Röhl, NJW 1958, 1268 (1271); Hohenester, DRiZ 1959, 213 (214); Jansen, S. 15; Rüping, S. 120; Firsching, NJW 1955, 613 (614); Grunsky, § 25 I; Kollhosser, S. 81 ff.; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 85; Behrendt, S. 15; Kolb, S. 48; Säcker, NJW 1970, 1666 (1667); Kenneweg, S. 145; Keidel, S. 73; Heck, S. 129; Goeckel, S. 77; Krüger, DÖV 1962, 744; C. Peters, MDR 1952, 137 (140); Hill, MDR 1959, 818; Rumpel, S. 141; H. Müller, NJW 1953, 1659; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 70 ff.; a. A. heute nur noch Appelhagen, S. 29 ff., der mit formalistischer Argumentation einen Anspruch auf rechtliches Gehör in den Amtsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ablehnt.

49) Palandt-Edenhofer, § 2360 BGB Anm. 2; BayObLG 1960, 432 (434); OLG Köln, NJW 1962, 1727 (1729); Ortlieb, S. 73; Kenneweg, S. 61.

50) Schönke-Kuchinke, § 8 III 1.

seiner Begründung in der Menschenwürde geht das rechtliche Gehör so über das Gebot der materiell richtigen Entscheidung hinaus und soll sicherstellen, daß sie frei von Verfahrensfehlern zustandekommt.⁵¹

b) Folgerungen aus dieser Wurzel

Aus der Verwurzelung des rechtlichen Gehörs in der Menschenwürde ergeben sich Forderungen, deren Verletzung wegen ihrer mangelnden Konkretisierbarkeit nicht justiziabel sind und die - wohl deswegen - immer wieder mißachtet werden. Die Menschenwürde fordert die Bereitschaft zum Gespräch und die Achtung vor dem Prozeßbeteiligten als Partner, fordert die Führung des Prozesses im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung, in einer wirklichen Diskussion um das Recht, oder - lyrischer gesagt - die "wahrheitsschaffende Fähigkeit des Aufeinanderwirkens, aus der wie ein Lichtbogen die Wahrheit aufleuchtet".⁵² Insofern hat der Gedanke Rosenbergs von einer "Arbeitsgemeinschaft" von Parteien und Gericht⁵³ durchaus seine Berechtigung. Ob sich diese Vorstellung positivieren läßt, muß allerdings fraglich bleiben.⁵⁴

Aus der Verwurzelung des rechtlichen Gehörs in der Menschenwürde lassen sich aber auch mehrere Konsequenzen ableiten, die für die Auslegung des Grundsatzes in der Praxis des Zivilprozesses bedeutsam werden.⁵⁵

(1) Das rechtliche Gehör setzt den verantwortlichen und aktiven Prozeßbeteiligten voraus; es garantiert der Partei die Gelegenheit, Initiative zu entwickeln. Art. 103 I GG ist daher nicht die Garantie eines prozessualen Versorgungsstaats, der dem Bürger das Risiko des Prozessierens abnimmt;⁵⁶ die Vorschrift hat nichts

51) BVerfG 50, 32 (35); 53, 219 (222); 58, 353 (356); 60, 120 (122), 247 (249) und 250 (252); BVerfG, NJW 1982, 2234; Jauernig, § 29 I; Deubner, NJW 1980, 263; Baur, ZPR, Rdnr. 52.

52) Güde, DRiZ 1959, 130.

53) Rosenberg, 9. Aufl., §§ 63 I, 1 VI; zustimmend Felix, FinRdsch. 1961, 297; Sprung-König, öJBl. 1976, 1 (5); Lent, ZZP 63, 3 (25); A. Arndt, NJW 1959, 6 (7); Möhring-Nirk, 25 Jahre BGH, S. 305 (312); ablehnend Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 296 Anm. 1 B a.

54) Diesen Versuch macht die StPO des Schweizer Kantons Solothurn, deren § 1 lautet: "Im ganzen Verfahren ist der Beschuldigte als Mensch zu achten." (zitiert nach Rüping, S.132 (Fn. 131).

55) Unzutreffend daher Ortlieb, S. 39, der meint, für die Bestimmung von Inhalt und Umfang des Art. 103 I GG sei damit "nichts gewonnen".

daran geändert, daß das Recht nach wie vor für die Wachen da ist.⁵⁷

Gerade in dieser Frage werden die Gewichte aber unterschiedlich gesetzt. So meint Grunsky in gewissem Gegensatz hierzu, die Gewährung des Gehörs bedeute, daß das Gericht zu erkennen geben müsse, aus welcher Richtung dem subjektiven Recht der Beteiligten Gefahr drohe. Insofern bedeute Art. 103 I GG eine Einschränkung der Selbstverantwortung des Rechtsträgers. Der Verfassungsgeber mute ihm nicht zu, sich selbst über die Gefahren zu vergewissern.⁵⁸

Richtig hieran ist sicher, daß gerade bei einer rechtsunkundigen Partei deren Schutz noch vor der Achtung vor ihrer Selbstverantwortung stehen muß, und daher eine Hilfestellung seitens des Gerichts erforderlich sein kann; nicht nur die zu Hörenden, auch der Richter muß wach sein.⁵⁹

(2) Der Kernbereich des rechtlichen Gehörs, der Ausdruck und Konkretisierung der Menschenwürde ist, gehört zu denjenigen Teilen der Verfassung, die auch durch verfassungsänderndes Gesetz nicht beseitigt werden können (Art. 79 III GG). Vorschriften, die diesen Kernbereich gewährleisten, wie etwa das Recht auf einen Dolmetscher für die mündliche Verhandlung (§ 185 GVG) können daher auch nicht abgeschafft werden.⁶⁰

(3) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist - wie die Menschenwürde - ohne Vorbehalt gewährleistet.⁶¹ Dem entspricht es, daß es vom Recht auf Gehör auch keine (echten) Ausnahmen gibt.⁶² Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht also nicht wie das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 I GG) unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung, also namentlich der Prozeßgesetze, sondern die Prozeßgesetze gelten umgekehrt nur insoweit, als sie das rechtliche Gehör nicht unzulässig einschränken.⁶³

56) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 6; vgl. auch Ortlieb, S. 54 f. Gefährlich, weil mißverständlich ist es aber, wenn Dürig weiter formuliert, der Bürger "müsse" auch hier mittun. Prozessual handelt es sich zweifellos um eine Last, nicht um eine Pflicht. Das erkennt freilich auch Dürig nicht (unrichtig daher Lerche, ZZP 78, 1 (11, Fn. 19), wenn er annimmt, Dürig leite das rechtliche Gehör aus dem Verantwortungsgehalt der Menschenwürde ab).

57) Konsequenzen hat dieser Gedanke vor allem für den Erfolg der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Gehörs; vgl. u. § 19 IV 3.

58) Grunsky, § 25 III 1.

59) Lerche, ZZP 78, 1 (11 Fn. 19).

60) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 17.

61) D. Brüggemann, JR 1969, 361.

62) S. u. § 15.

Aus diesem Grunde ist es auch nicht möglich, das rechtliche Gehör aus Art. 2 I GG abzuleiten.⁶⁴ Das rechtliche Gehör ist nämlich kein Freiheitsgrundrecht,⁶⁵ das dem status negativus zugehören würde, sondern Teil des status positivus. Aus einem Freiheitsgrundrecht ist der Staat nicht zu einem bestimmten Tun verpflichtet oder doch - wie beim Folgenbeseitigungsanspruch - nur dann, wenn er das Freiheitsrecht verletzt hat. Demgegenüber enthält das rechtliche Gehör einen Anspruch auf ein Tun des Staates, die Gewährung der Äußerungsmöglichkeit.⁶⁶

(4) Mittelbar wirkt sich die Grundlegung in der Menschenwürde auch auf den Prüfungsmaßstab des BVerfG bei der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Rechts auf Gehör aus. Wenn der Kernbereich des rechtlichen Gehörs verletzt ist, muß die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben, ohne daß noch - wie es nach der Rechtsprechung des BVerfG bei materiellen Grundrechten erforderlich ist⁶⁷ - zu prüfen wäre, ob die Beeinträchtigung von "einiger Erheblichkeit" ist.

2. Rechtliches Gehör und Rechtsstaatsprinzip

Teilweise wird als einzige⁶⁸ oder weitere⁶⁹ Wurzel des rechtlichen Gehörs das Rechtsstaatsprinzip des GG angesehen. Diese Herleitung ist insofern berechtigt,

64) So aber Heinzmann, S. 39 f.; wie hier Hamann, Art. 103 Anm. B I a.

65) Zweifelnd Rumpel, S. 72 f.

66) Ablehnend auch Kolb, S. 17 ff.; Heck, S. 42 f.; Schacht, S. 43 f. Auch im schweizerischen Recht wird die Begründung aus der Entfaltungsfreiheit abgelehnt, vgl. Reinhardt, S. 41.

67) S. u. § 19 III 1.

68) Kolb, S. 24 ff.; Schacht, S. 46 meint sogar, die Begründung allein aus dem Rechtsstaatsgedanken sei herrschend.

69) Kissel, Einl. Rdnr. 165; Knack, § 28 VwVfG Anm. 2.1; Pfeiffer, S. 214; Kunz, S. 163 (Fn. 2); Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 84; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 1; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 I; Mes, S. 71; Raether, S. 64; Dahs-Dahs, Rdnr. 97; Reichel, S. 79 (Fn. 22); Heck, S. 26; Keidel, S. 33; Jünemann, S. 12; Neale, S. 18 f.; Kopp, AöR 106, 604 (607); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 4; Arndt, NJW 1959, 1297 (1298); Hamann, Art. 103 Anm. A 1 und AnwBl. 1958, 141 sowie NJW 1956, 1940; Kurth, S. 53; Behrendt, S. 10; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 1; W. Bernhardt, S. 23 IV; Strack, S. 155; Jagusch, NJW 1959, 265; Säcker, Rpfleger 1971, 161; Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, Art. 91 Rdnr. 2; v. Stackelberg, MDR 1983, 364; BVerfG I, 332 (347); 9, 89 (95); NJW 1983, 1726 (1727); BayVerfGH 4, 21 (26); ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 24 ff. Warum, wie Hellwig, S. 408 meint, das rechtliche Gehör im Interesse der Rechtssicherheit bestehen soll, ist nicht recht ersichtlich.

als ein Rechtsstaat ohne rechtliches Gehör vor Gericht nicht denkbar ist⁷⁰ und daher Art. 103 I GG ein Element des Rechtsstaatsprinzips darstellt. Aber auch Staaten ohne rechtsstaatliche Ordnung in unserem heutigen Verständnis haben das rechtliche Gehör anerkannt, wenn auch, wie die nationalsozialistische Episode zeigt, nicht immer. Das rechtliche Gehör folgt daher nicht aus dem Rechtsstaatsprinzip, sondern ist älter als dieses.⁷¹ Das Rechtsstaatsprinzip will durch Abwehr unzulässiger Eingriffe Freiheitsräume schaffen, stellt also auf die passive Funktion des Gerichts ab, zuzuhören. Dadurch ist zwar Gelegenheit zur Stellungnahme garantiert, aber noch nicht gesagt, was mit dem Gehörten zu geschehen hat. Vor allem hierin bewährt sich aber die heutige Bedeutung des rechtlichen Gehörs.⁷² Die Herleitung aus der Menschenwürde ist daher keinesfalls neben der Anerkennung als Postulat des Rechtsstaats "überflüssig".⁷³

IV. Ergebnis

Das rechtliche Gehör läßt sich also nur in seiner Verwurzelung in den beiden Prinzipien der richtigen Entscheidung und der Achtung vor der Menschenwürde begreifen. Stellt man nur auf den ersten Grund ab, so läßt sich nicht erklären, warum rechtliches Gehör auch zu gewähren ist, wenn der Sachverhalt bereits feststeht; eine Herleitung nur aus der Menschenwürde wiederum kann nicht erklären, warum das rechtliche Gehör auch juristischen Personen zusteht⁷⁴ und

70) v. Mangoldt, Art. 103 Anm. 2: "ein in einem Rechtsstaat selbstverständliches Recht".

71) Vgl. Kenneweg, S. 22 und Kollhosser, S. 92; kritisch zur Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip auch Seidel, S. 5 f. und J. Bernhardt, S. 66.

72) A. A. Hamann, AnwBl. 1958, 1411; Behrendt, S. XVIII und 10; Röhl, NJW 1953, 1531; Coing, S. 80: das rechtliche Gehör sei notwendiger und selbstverständlicher Ausdruck der rechtsstaatlichen Ordnung, so daß auf das Rechtsstaatsprinzip selbst zurückgegriffen werden müßte, wenn der Satz nicht geschriebenes Verfassungsrecht geworden wäre. Ähnlich wie hier dagegen Rüping, S. 124; BVerfG 6, 12 (14): ihre heutige Bedeutung verdankt die Norm ihrer Positivierung.

73) So aber Kenneweg, S. 29. Man braucht dazu gar nicht die Überlegung zu bemühen, daß letztlich auch der Rechtsstaat selbst seine Rechtfertigung aus der Würde des Menschen finde (so Behrendt, S. 68). Gerade das ist nämlich sehr zweifelhaft, da ein Rechtsstaat, ohne diesen Charakter zu verlieren, der Menschenwürde ganz unterschiedlichen Stellenwert zuerkennen kann, wie etwa die durchaus unterschiedlichen Ansichten zur Tragweite von auf die Verletzung der Menschenwürde gestützten Beweisverboten im Zivilprozeß zeigen.

warum es auch in den Fällen verletzt sein kann, in denen die Verletzung nicht als Mißachtung der Menschenwürde angesehen werden kann.⁷⁵

74) Insoweit richtig Kenneweg, S. 32 f.

75) Ähnlich zum Verhältnis dieser beiden primären Wurzeln: Rüping, S. 134 f.; Schorn, Menschenwürde, S. 67; BVerfG 7, 275 (279); 9, 89 (95); 55, 1 (5 f.); OLG Hamm, JMBiNRW 1962, 199 (200); KG, OLGZ 1966, 90 (95); ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 26 f.

§ 4. Das Verhältnis des rechtlichen Gehörs zu anderen Grundsätzen

Der Anspruch auf rechtliches Gehör berührt sich in vielfacher Hinsicht mit anderen Verfahrens- und Verfassungsgrundsätzen, die ihrerseits den Verfahrensablauf regeln und dadurch auch in Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör stehen. Es sind dies insbesondere der Beibringungsgrundsatz, der Justizgewährungsanspruch, der allgemeine Gleichheitssatz, das Recht auf ein faires Verfahren, der gesetzliche Richter und die materiellen Grundrechte.

I. Verhältnis zum Beibringungsgrundsatz

Der Beibringungsgrundsatz bedeutet, daß allein die Parteien den Streitstoff in den Prozeß einführen, über seine Feststellungsbedürftigkeit entscheiden und seine Feststellung betreiben.¹ Er hat daher unmittelbar mit der Pflicht des Gerichts, das Vorbringen der Partei zur Kenntnis zu nehmen und zu berücksichtigen, nichts zu tun.² Der Beibringungsgrundsatz allein verbietet nicht, die Äußerung einer Partei zu verwerten, zu der der anderen noch kein Gehör gewährt wurde, andererseits ist auch in den Verfahren, in denen der Untersuchungsgrundsatz gilt, Gehör zu gewähren.³

Aber beide Grundsätze ergänzen einander: Der Beibringungsgrundsatz kann nur in Verbindung mit dem rechtlichen Gehör seine Aufgabe erfüllen;⁴ ein richtiges Urteil ist nur denkbar, wenn beide Seiten gehört werden und dadurch die Wahrheit gefunden wird, und umgekehrt bietet der Verhandlungsgrundsatz die beste Gewähr dafür, daß dem Urteil keine Tatsachen und Beweisergebnisse zugrundegelegt werden, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten. Aber weder ist - namentlich im schriftlichen Verfahren - der Beibringungsgrundsatz eine Garantie für die Gewährung des Gehörs, noch ergibt sich der Grundsatz des rechtlichen Gehörs aus dem Beibringungsgrundsatz.⁵ Richtig an dieser verbreiteten Gleichsetzung

1) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 78 II. 'Beibringungsgrundsatz' wird hier in dem Sinne gebraucht wie üblicherweise 'Verhandlungsmaxime' - eine unglückliche Wortschöpfung, da doch in jedem Prozeß verhandelt wird. Vgl. zur Terminologie Prütting, NJW 1980, 361 (362).

2) Jauernig, 18. Aufl., § 25 XI; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 2; vgl. auch bereits Schultzenstein, Z郑 43, 301 (323).

3) S. u. § 12 II 3.

4) Nikisch, § 50 III 1; Baumann, Rdnr. 77; Kurth, S. 33.

ist nur soviel, daß der Gesetzgeber im Bereich des Beibringungsgrundsatzes und obligatorischer mündlicher Verhandlung wie selbstverständlich von der Geltung des rechtlichen Gehörs ausging; dies erklärt zugleich das Fehlen einer allgemeinen Vorschrift über die Gewährung rechtlichen Gehörs in der ZPO und die ausdrückliche Erwähnung der "Anhörung der Ehegatten" in § 616 I ZPO, wo der Gesetzgeber unter der Geltung eines eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes (§ 617 ZPO) das rechtliche Gehör eigens erwähnen zu sollen glaubte.

Allerdings kann durch einen Verfahrensfehler mitunter sowohl das rechtliche Gehör als auch der Beibringungsgrundsatz verletzt sein. Hört ein Gericht zum Beispiel drei Sachverständige, legt es aber dem Urteil das Gutachten nur eines dieser Sachverständigen zugrunde, weil es die beiden anderen für befangen hält, ohne daß der Gegner des Beweisführers dies geltendgemacht hätte, dann verletzt es durch die Annahme der Befangenheit den Beibringungsgrundsatz, durch die Nichtgewährung einer Äußerungsgelegenheit zu dieser Annahme das rechtliche Gehör.⁶

II. Verhältnis zum Justizgewährungsanspruch

Wesentlich schwieriger ist das Verhältnis des Rechts auf Gehör vor Gericht zu dem Anspruch auf die Ausübung von Rechtspflege durch das Gericht und die Gewährung von Rechtsschutz für privatrechtliche Streitigkeiten (Justizgewährungsanspruch)⁷ zu bestimmen.

1. Art. 103 I GG als Garantie des Justizgewährungsanspruchs?

Die überwiegende Meinung geht davon aus, die Garantie der Justizgewährung ergebe sich nicht aus Art. 103 I GG.⁸

5) Rüping, S. 112 f.; Kurth, S. 33; Kolb, S. 11; Löwe, S. 24 ff.; ähnlich auch Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1015 f.): der Anspruch auf Gehör entstamme einer tiefer liegenden Schicht als die Verfahrensgrundsätze; a.A. Schwartz, S. 30; RG 160, 157 (162) und Gruch. 66, 586 (588 f.); BGH, LM § 548 ZPO Nr. 2; OLG Frankfurt, NJW 1962, 449 (450): das rechtliche Gehör ergebe sich aus der Verhandlungsmaxime. Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 78 I 3 meinen, die kontradiktorische Gestaltung des Urteilsverfahrens "gewährleiste" den Anspruch auf rechtliches Gehör.

6) RG, JW 1899, 72 (Nr. 6). Skonietzki-Gelpcke, vor § 128 Anm. 2 A halten hier nur den Beibringungsgrundsatz für verletzt.

7) Vgl. dazu schon Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 138 f.

Dafür läßt sich einerseits die Wortstellung in Art. 103 I GG heranziehen, die durch die Voranstellung der Worte "vor Gericht" diesen Satzteil stark betont. Sollte auch die Justizgewährung verbürgt sein, so hätte es sehr nahe gelegen zu formulieren: "Jedermann hat Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht."⁹ Unklar bliebe auch, welchen Sinn die Gewährleistung der Justizgewährung gegen Akte der öffentlichen Gewalt in Art. 19 IV GG haben sollte, wenn die Justizgewährung für alle Gerichtszweige bereits durch Art. 103 I GG verbürgt wäre.¹⁰ Eine Überbewertung der Systematik des GG dürfte es aber sein, wenn aus der Stellung des Art. 103 I GG ein Argument gegen die Einbeziehung des Justizanspruchs abgeleitet wird,¹¹ weil eine Zugangsgarantie zu den Zivilgerichten entweder mit dem Art. 19 IV GG verbunden oder in den Abschnitt über die Rechtsprechung (Art. 92 ff. GG) hätte eingeordnet werden müssen.

Dagegen nimmt eine von Baur begründete Lehre an, über das rechtliche Gehör im anhängigen Verfahren hinaus sei auch der Zugang zum Richter durch Art. 103 I GG garantiert.¹²

Ein enger Zusammenhang zwischen dem Anspruch auf rechtliches Gehör und dem auf Justizgewährung wird auch in vielen ausländischen Rechtsordnungen angenommen, so in der Schweiz,¹³ in der Türkei und in Griechenland. In den beiden letztgenannten Ländern garantiert eine Verfassungsvorschrift gleichzeitig rechtliches Gehör und den Justizgewährungsanspruch.¹⁴

Diese Ansicht beruft sich auf den Begriff "rechtliches Gehör" und wird durch eine historische Auslegung des Begriffs unterstützt. Rein sprachlich kann

8) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 1; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 I; Lerche, ZJP 78, 1 (7 ff.); Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1016 f.); Rüping, S. 116 f.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 88, 97; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 3; Kurth, S. 53 ff.; Jünemann, S. 51; Heck, S. 16; Kirch, S. 75 ff., 85; Rausche, S. 25 f.; Kolb, S. 30, 59 f.; Hummel, S. 63; Dütz, S. 76 ff.; Herbst, S. 251 f.; Lorenz, S. 238; Hummer, S. 98 ff., 104; Ortlieb, S. 30; Schwartz, S. 50; R. Schneider, NJW 1977, 873 (874); J. Bernhardt, S. 71 (Fn. 2); Stahl, S. 153 f.; Löwe, S. 103, 105 f.; Bettermann, Grundrechte III/2, S. 523 (559); Rumpel, S. 79 f.; Rüping, BK Art. 103 Rdnr. 13; Vollkommer, Gedächtnisschrift für Bruns, S. 195 (201 f.); BVerwG 16, 289 (291); s. auch Goldschmidt, Prozeß als Rechtslage, S. 264; Bley, S. 49 und, für das schweizerische Recht, Reinhardt, S. 9.

9) Hummer, S. 100 f.; Schwartz, S. 48; Löwe, S. 103.

10) Hummer, S. 103; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1017).

11) So aber Herbst, S. 251.

"hören" sowohl die Entgegennahme von Erklärungen in einem bereits anhängigen Prozeß als auch die Eröffnung des Rechtswegs bezeichnen. Im letzteren Sinn wurde es auch bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts verstanden;¹⁵ erst seitdem begegnet "rechtliches Gehör" als Begriff in einem anhängigen Verfahren.

Weniger Gewicht hat demgegenüber der Hinweis, die Formel habe, indem sie den Begriff "beiderseitiges Gehör" vermeide, was auf ein bereits in Gang befindliches Verfahren hinweisen würde, eine ganz neue Formulierung finden und dem Begriff daher auch einen neuen Inhalt geben wollen.¹⁶ Der Begriff "beiderseitiges Gehör" verbot sich ja schon deswegen, weil er nur im Zweiparteienprozeß des Zivilprozesses paßt, aber im Strafverfahren oder in der freiwilligen Gerichtsbarkeit keinen Sinn hat.

Eine erst zu beweisende Behauptung ist es auch, daß man bei den Beratungen zum GG nicht nur den Mißbräuchen der nationalsozialistischen Zeit bei der Gehörsverweigerung, sondern auch den häufigeren einer Justizverweigerung den Boden entziehen wollte.¹⁷ Schließlich beruft man sich auf Art. 6 EMRK, der zweifellos sowohl das rechtliche Gehör als auch die Justizgewährung garantiert.¹⁸ Aber dieser Schluß von der EMRK auf das - zeitlich frühere - GG ist kaum tragfähig.¹⁹

12) Baur, AcP 153, 393 (396 ff.); ihm folgend Dahs, S. 8 ff.; Nakano, ZJP 79, 99 (109 f.); ferner Eb. Schmidt, I Rdnr. 17 und Strafprozeßrecht, Rdnr. 98; Siegert, AcP 155, 28 (42); Reiner, S. 88; Habscheid, ZJP 96, 306 (307); Baumgärtel, ZJP 75, 393 (404); Lüke, ZJP 76, I (20); wohl auch Behrendt, S. 328, Kopp, AöR 106, 604 (621) und Fechner, JZ 1969, 349; vgl. auch Vollkommer, ZJP 81, 102 (133).

13) Vgl. für das Zürcher Recht Kaufmann, S. 20; für das Bundeszivilprozeßrecht Kaufmann, S. 38, 67 f. und Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (326).
14) Art. 20 S. 1 griech. Verf.; Art. 36 I türk. Verf.

15) Rüping, S. 115 mit zahlreichen Nachw. aus der Literatur des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts.

16) Baur, AcP 153, 393 (398).

17) Baur, AcP 153, 393 (398).

18) Baur, AcP 153, 393 (399); Vollkommer, Gedächtnisschrift für Bruns, S. 195 (207); EGMR, EuGRZ 1979, 626 (628); a. A. Bettermann, Grundrechte III/2, S. 779 (829).

19) Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1017 f.); Schwartz, S. 48.

Mit der Anerkennung des Justizgewährungsanspruchs als Inhalt des Rechts auf Gehör wäre zudem noch nicht gesagt, welche Teile des Justizanspruchs nun zum rechtlichen Gehör gerechnet werden sollen. Zum Anspruch auf Justizgewährung gehört ja nicht nur, daß sich die Gerichte der Klage annehmen, sondern auch die Forderung, daß die Rechtspflegeorgane diejenigen Rechtspflegeakte vorzunehmen haben, die nach Maßgabe des objektiven Rechts der Sachlage angemessen sind, daß sie bei Entscheidungsreife ein Urteil erlassen.²⁰ All dies kann schwerlich aus Art. 103 I GG herausgelesen werden.

Ein gewichtiges Argument der Befürworter eines in Art. 103 I GG verankerten Justizgewährungsanspruchs wäre es allerdings, wenn andernfalls dessen Durchsetzbarkeit gefährdet wäre und eine Lücke im Grundrechtsschutz bestünde.²¹ In der Tat hat das GG den Anspruch auf Justizgewährung nicht ausdrücklich gesichert. Auch die Vorschläge, die man früher zu seiner Durchsetzung gemacht hat, wie Strafanzeige wegen Rechtsbeugung, Dienstaufsichtsbeschwerde an die Justizverwaltungsbehörden, Schadensersatzklage wegen Amtspflichtverletzung,^{21a} sind allzu stumpfe Schwerter. Auch Art. 92 GG garantiert die Justizgewährung nicht. Er sagt nur, daß die Rechtsprechung den Richtern anvertraut ist, aber nicht, was, besonders im Grenzbereich, zur Rechtsprechung gehört. Gäbe es keine andere Sicherung des Justizgewährungsanspruchs,²² so verdiente die These Baurs in der Tat ernsthafte Beachtung. Die beiden Garantien müssen nämlich fugenlos ineinandergreifen²³ und sichern erst zusammen die Effektivität des Rechtsschutzes. Rechtliches Gehör kann sich nicht ohne die Justizgewährung entfalten, und die Justizgewährung nutzt nichts, wenn das angegangene Gericht das Gehör versagt. Es wäre auch merkwürdig, wenn das rechtliche Gehör vor Gericht besser gesichert wäre als der Zugang zu Gericht, das das rechtliche Gehör erst gewähren kann.

Die befürchtete Lücke im Grundrechtsschutz entsteht aber nicht, so daß die Streitfrage keine praktische Bedeutung hat.²⁴ Allerdings gewährleistet Art. 19 IV Rechtsschutz nur gegen die öffentliche Gewalt,²⁵ ist also ebenfalls keine

20) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 3 I.

21) So Baur, AcP 153, 393 (397).

21a) Niese, S. 63.

22) Das behauptet Dahs, S. 10.

23) So auch Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 174.

24) A. A. Kopp, AöR 106, 604 (621).

Garantie für den Weg zum Zivilgericht. Art. 6 I EMRK garantiert zwar die Justizgewährung, ist aber deswegen ein deutlich schwächerer Schutz für den Bürger, weil nach der Rechtsprechung des BVerfG auf deren Verletzung eine Verfassungsbeschwerde nicht gestützt werden kann, weil keines der in Art. 93 I Nr. 4a GG genannten Rechte als verletzt gerügt ist.²⁶ Schließlich kann auch in der Rüge einer Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG) eine Absicherung des Justizgewährungsanspruchs mit der Verfassungsbeschwerde nicht gesehen werden.²⁷ Denn einem gesetzlichen Richter entzogen zu werden, setzt voraus, daß die Entscheidung des Rechtsstreits von einem solchen überhaupt vorgesehen ist.²⁸ Die Existenz eines solchen Richters ist aber gerade das Anliegen des Justizanspruchs.

Zuzustimmen ist aber der neueren Rechtsprechung des BVerfG, das, wie die überwiegende Meinung in der Literatur²⁹ den Justizgewährungsanspruch aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet.³⁰ Allerdings gehört auch das Rechtsstaatsprinzip nicht zu den Normen, die mit der Verfassungsbeschwerde als verletzt gerügt werden können.³¹ Indessen sieht das BVerfG im Fall der Verletzung des Justizanspruchs gleichzeitig das allgemeine Freiheitsgrundrecht als verletzt an und tenoriert, eine den Justizgewährungsanspruch verletzende Entscheidung verletze "Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip".³²

25) Insofern richtig Baur, AcP 153, 393 (398): Art. 19 IV GG kann die Lücke nicht schließen, die durch die nicht ausdrückliche Gewährleistung der Justizgewährung in Zivilsachen entstanden ist.

26) BVerfG 10, 271 (274); 34, 384 (395); 41, 88 (105 f.); 41, 126 (149); ebenso Kirch, S. 65 f.; a. A. Schorn, EMRK, Präambel, Anm. 50; kritisch auch H. Seibert, Festschrift für Hirsch, S. 519 (526), die die Berücksichtigung der Rüge einer Verletzung der EMRK im Rahmen des Art. 2 I GG vorschlägt.

27) So aber Dütz, S. 284 ff. und, beiläufig, BVerfG 3, 359 (364).

28) Vgl. auch Kirch, S. 73.

29) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 I und Schwab, ZJP 81, 412 (417); Bettermann, Grundrechte III/2, S. 523 (559); s. auch Dütz, S. 105 ff. und Lässig, Deutsch, S. 97 f. Kirch, S. 704 ff., 107 leitet den Justizgewährungsanspruch aus "Art. 1 I in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 IV" ab.

30) BVerfG 50, 1; 51, 146 und 352; 52, 203; z. T. unrichtig daher Kopp, AöR 106, 604 (609, 621), der meint, daß das BVerfG den Zugang zu Gericht neuerdings auf Art. 103 I GG stütze. In den Entscheidungen des BVerfG geht es nur um den Zugang zu Gericht innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens.

31) BayVerfGH 20, 208 (211). A. Blomeyer, Festschrift für Böttcher, S. 61 (64) hält es daher für zweifelhaft, ob gegen eine Justizverweigerung die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben kann.

2. Abgrenzung zwischen Justizanspruch und rechtllichem Gehör

Mit dieser Zuordnung des Justizanspruchs zum Rechtsstaatsprinzip bleibt für das rechtliche Gehör nur der Bereich eines bei Gericht anhängigen Verfahrens. Wo die Grenze zwischen dem Schutzbereich des Justizanspruchs und dem des rechtlichen Gehörs verläuft, kann zweifelhaft sein. Richtig ist es, die Grenzlinie nicht zu sehr in das anhängige Verfahren hineinzuvorschieben. Um Justizgewährung geht es nur solange, wie das Verfahren noch nicht bei Gericht anhängig ist. Alles, was auf das Einreichen einer ordnungsgemäßen Klage folgt, ist nur noch eine Frage des Gehörs, nicht der Justizgewährung. Zu ihr gehört nur, daß ein Gericht wegen zivilrechtlicher Streitigkeiten angegangen werden kann. Wie das Gericht die Klage zu behandeln hat, schreibt ihm bereits das rechtliche Gehör vor. Es ist daher formalistisch, eine Verletzung des Art. 103 I GG in dem seltenen Ausnahmefall abzulehnen, daß eine ordnungsgemäße Klage eingereicht und der Prozeßkostenvorschuß gezahlt ist, aber der Richter sich weigert, die Klage zuzustellen, oder, nachdem dies geschehen ist, Termin zu bestimmen, oder - was die gleiche Wirkung hat - Termine immer wieder verschiebt. Auch das ist bereits Gehörsverweigerung, denn die von der ZPO vorgesehenen Wege, auf denen sich die Parteien Gehör verschaffen können, werden ihr versperrt.³³

Verweigerung rechtlichen Gehörs ist es auch, wenn wegen "Überlastung des Gerichts" für die Klageerwiderung eine Frist von mehr als einem Jahr gesetzt wird, wie es bei der 3. Zivilkammer des LG Lübeck Brauch geworden zu sein scheint.³⁴

Erst recht abzulehnen ist der Versuch Lerches, den "überladenen" Art. 103 I GG noch weiter zu Gunsten von Art. 19 IV GG, den er auch auf die Justizgewährung in Zivilsachen anwendet, zu "entlasten".³⁵ So will er die Frage des personellen Geltungsbereichs des Art. 103 I GG³⁶ ganz auf die Ebene der Justizgewährung verschieben. Eine ähnliche Tendenz enthält die Ansicht, im Zuständigkeitsbestimmungsverfahren nach § 36 ZPO gehe es nur um die Justizgewährung, noch nicht um das rechtliche Gehör,³⁷ die These, das Recht, Anträge zu stellen, sei

32) Wie Fn. 30. Auf die grundrechtsdogmatischen Bedenken gegen diese Formulierung soll hier nicht weiter eingegangen werden.

33) Ebenso Habscheid, ZZP 67, 188 (197); Kolb, S. 63; Hummer, S. 167; a. A. Kurth, S. 97 f.: die Maxime könne ihre Wirkungen erst entfalten, wenn das Verfahren bereits "laufe"; offen J. Bernhardt, S. 90 (Fn. 1).

34) Vgl. OLG Schleswig, NJW 1983, 459, das hier zu Unrecht keine Beschwerde zuläßt; anders mit Recht OLG Schleswig, NJW 1982, 246 für das Setzen neuer Sachen auf eine "Warteliste".

35) Lerche, ZZP 78, 1 (23 ff.).

nicht vom rechtlichen Gehör umfaßt, weil die Pflicht zu ihrer Entgegennahme der Gehörsgewährung vorgelagert sei,³⁸ und schließlich die Meinung, daß im Prozeßkostenhilfebewilligungsverfahren kein Gehör gewährt werden müsse.³⁹

Alle diese Bestrebungen, Teile des Verfahrens aus dem Schutzbereich des rechtlichen Gehörs herauszunehmen, verdienen keine Zustimmung. Alle Verfahren, die vor Gericht stattfinden, stehen unter dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, das für den Beteiligten die beste Sicherheit bietet, während das Rechtsstaatsprinzip seinem Wesen nach auf eine Interessenabwägung und einen Interessenausgleich angelegt ist und insgesamt viel weniger konkret und "griffig" ist als der Anspruch auf rechtliches Gehör.

III. Verhältnis zum Gleichheitssatz

1. Rechtliches Gehör und Waffengleichheit

Bereits die Formel "audiatur et altera pars" weist, ebenso wie die deutschen Rechtssprichwörter, mit denen der Grundsatz des rechtlichen Gehörs umschrieben wurde, auf den engen Zusammenhang zwischen dem rechtlichen Gehör und der Waffengleichheit der Parteien im Prozeß hin, der teilweise dahin formuliert wird, das gegenseitige Gehör folge aus der Waffengleichheit,⁴⁰ teilweise gerade umgekehrt, das Prinzip der Waffengleichheit setze das rechtliche Gehör voraus; es komme erst dann zum Zuge, wenn jenes gewährleistet sei.⁴¹ Wenngleich sich hinter diesen verschiedenen Formulierungen kein sachlicher Unterschied verbergen dürfte, gibt die erste Formulierung den Zusammenhang doch nicht ganz richtig wieder. Das formale Gebot der Waffengleichheit wäre nämlich auch dann gewahrt, wenn beiden Parteien das rechtliche Gehör versagt würde.⁴² Die Waffengleichheit setzt daher das rechtliche Gehör voraus.

36) S. u. § 17.

37) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 a; s. dazu u. § 13 III 1 a.

38) Prager, AcP 133, 143 (164); s. u. § 7 I.

39) S. u. § 13 III 1 j.

40) Bruns, Rdnr. 84; Kurth, S. 52; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 1; Habscheid, JR 1958, 361 (365); ähnlich v. Mangoldt, Art. 3 Anm. 3.

41) Rüping, S. 113 f.; Baur, AcP 153, 393 (403); Helmke, S. 185; wohl auch Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1016).

2. Rechtliches Gehör und Willkürverbot

Der Gleichheitssatz garantiert aber nicht nur die Gleichbehandlung der Beteiligten eines Prozesses untereinander, sondern auch die "Gleichheit in der Reihe",⁴³ also die gleichmäßige Behandlung im Vergleich zu anderen Prozeßparteien, die sich in derselben prozessualen Situation befinden. Aus dem so verstandenen Gleichheitssatz wird der Anspruch auf rechtliches Gehör im schweizerischen Recht abgeleitet, wo es keine ausdrückliche Gewährleistung des Rechts auf Gehör gibt.⁴⁴ Für das deutsche Recht wurde bis vor wenigen Jahren der Rückgriff auf das Willkürverbot für die Frage der Gewährung rechtlichen Gehörs nicht in Erwägung gezogen. Hier ist Art. 103 I GG gegenüber dem Gleichheitssatz die speziellere und daher regelmäßig einzig anwendbare Vorschrift. Ein Rückgriff auf das Willkürverbot ist weder nötig noch möglich. Diese Vorstellung über das Verhältnis von speziellem und allgemeinem Grundrecht lag bis vor kurzem unausgesprochen auch der Rechtsprechung des BVerfG zugrunde, das bei Verfassungsbeschwerden wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs auf den Gleichheitssatz nicht eingegangen ist.⁴⁵

Seitdem hat der 2. Senat des BVerfG jedoch einer Reihe von Verfassungsbeschwerden, in denen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs hätte angenommen werden müssen, wegen Verstoßes gegen Art. 3 I GG stattgegeben.

BVerfG 54, 117: Ein Kläger hatte vor dem AG aus eigenem Recht eine Forderung eingeklagt. Auf Bestreiten des Beklagten hin hatte er "äußerst hilfsweise" seinen Anspruch auch auf das abgetretene Recht eines Dritten gestützt. Diesem Hilfsantrag hatte der Beklagte sogleich die Aufrechnung mit einer Forderung gegen den Dritten entgegengesetzt. Dennoch hatte das AG dieses Vorbringen als verspätet zurückgewiesen und nach dem Klageantrag verurteilt.

Hier war die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs offensichtlich begründet, da eine Zurückweisung der Aufrechnung bei keiner denkbaren Auslegung der zivilprozessualen Präklusionsvorschriften in Betracht kam⁴⁶ und der Beklagte infolge der Präklusion überhaupt keine Gelegenheit hatte, zu dem Vorbringen seines Gegners Stellung zu nehmen.

42) HessStGH, ESVGH 22, 135 (136); Kolb, S. 11; Rüping, S. 114; Löwe, S. 21, 24; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 35; ähnlich Lerche, ZZP 78, 1 (19 mit Fn. 41): die Waffengleichheit ergebe sich nur und ausschließlich aus Art. 3 I GG.

43) Dieser Begriff geht auf Bötticher, S. 21 zurück.

44) S. u. § 5 III 1.

45) In diesem Sinne auch Kopp, AöR 106, 604 (611).

BVerfG 57, 39: Der Beklagte hatte vor dem AG gegen eine Werklohnforderung eingewandt, der Kläger habe die Arbeiten nicht ordnungsgemäß ausgeführt. Er habe die Mängel durch eine andere Firma beseitigen lassen und in einem Schreiben an den Kläger erklärt, erst nach dieser Mängelbeseitigung habe seine Anlage einwandfrei funktioniert. Das Gericht gab der Klage statt, weil der Beklagte die Mangelhaftigkeit der Werklohnforderung nicht nachgewiesen habe, vielmehr sich aus dem von ihm vorgetragenen Schreiben die erfolgreiche Mängelbeseitigung durch den Kläger ergeben habe.

Hier ist das Parteivorbringen in den Gründen zwar scheinbar verarbeitet worden; diese Würdigung ist aber evident unhaltbar, so daß daraus nur der Schluß zu ziehen ist, daß es offenbar gar nicht zur Kenntnis genommen worden ist.

BVerfG 58, 163: In einem amtsgerichtlichen Prozeß war Beweisbeschluß dahin ergangen, daß ein Sachverständigengutachten eingeholt werde, wenn die Beklagte binnen bestimmter Frist einen Auslagenvorschuß einzahle. Nach Ablauf dieser Frist erging klagabweisendes Urteil mit der Begründung, der Kläger habe den geforderten Auslagenvorschuß nicht eingezahlt und sei daher beweisfällig geblieben.

Auch in diesem Fall hätte die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs Erfolg haben müssen: Dem Kläger ist das rechtliche Gehör dadurch verkürzt worden, daß er für seine Behauptung keinen Beweis anbieten konnte, da der Auslagenvorschuß (fehlerhafterweise) nur von der Beklagten angefordert und daher der angebotene Beweis nicht erhoben wurde.

BVerfG 59, 98: In der Revisionsinstanz eines Strafverfahrens hatte die Staatsanwaltschaft beantragt, die Revision gegen den Schuldspruch nach § 349 II StPO zu verwerfen; die Revision zum Strafausspruch hielt sie dagegen für begründet. Das OLG verwarf die Revision insgesamt als offensichtlich unbegründet, obwohl es hierfür eines dahingehenden Antrags der Staatsanwaltschaft bedarf.

Hier hat das Gericht das rechtliche Gehör gleich doppelt verletzt: Zunächst ergibt sich aus der Entscheidung, daß das OLG das Vorbringen der Staatsanwaltschaft entweder nicht zur Kenntnis genommen oder nicht berücksichtigt hat.⁴⁷ Das rechtliche Gehör ist aber ferner dadurch verletzt, daß es nicht zu der bei richtiger Sachbehandlung erforderlichen Revisionsverhandlung kam, in der sich Angeklagter und Staatsanwaltschaft hätten äußern können.

Den Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung bildet eine Entscheidung aus dem Jahr 1976, in der ebenfalls richtigerweise eine Verletzung des Art. 103 I GG zu bejahen gewesen wäre,⁴⁸ die allerdings nicht so zweifelsfrei ist wie in den soeben behandelten vier Fällen.

46) Zum Verhältnis der Präklusionsvorschriften zum rechtlichen Gehör vgl. u. § 10 II.

47) Es ist allerdings zweifelhaft, ob der Angeklagte diese Verletzung mit der Verfassungsbeschwerde hätte rügen können.

48) Ebenso Geiger, abweichende Meinung, BVerfG 42, 79 (85); vgl. zu diesem Fall auch u. § 11 I 2.

BVerfG 42, 64: Eine Antragstellerin hatte die Teilungsversteigerung eines ihr zusammen mit ihrem geschiedenen Ehemann gehörenden Hauses beantragt. Der Verkehrswert ihrer Grundstückshälfte betrug 72000 DM, das geringste Gebot 1800 DM. Im Termin bot der Ehemann 2000 DM und erhielt den Zuschlag, ohne daß der Rechtspfleger die Antragstellerin darauf hingewiesen hätte, daß sie die einstweilige Einstellung der Versteigerung beantragen könne. Das BVerfG hob den Zuschlagsbeschluß wegen Verletzung von Art. 3 I GG auf.

Diese Rechtsprechung versteht Willkür nicht mehr als ungerechtfertigte Gleich- oder Ungleichbehandlung mehrerer vergleichbarer Sachverhalte, sondern als "objektive, das heißt tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, derer sie Herr werden soll".⁴⁹ Hier fehlt es an einem Vergleichsmaßstab, an dem gezeigt werden könnte, daß das der aufgehobenen Entscheidung zugrundeliegende Verfahren willkürlich ist; Willkür wird vom subjektiven zum rein objektiven Begriff, das Verbot willkürlicher Differenzierung zum Mittel der Herstellung allgemeiner Gerechtigkeit.

Die Frage, ob eine Verletzung von Art. 3 I GG oder Art. 103 I GG vorliegt, hat erhebliche praktische Bedeutung, die aus den referierten Entscheidungen des 2. Senats nur deshalb nicht deutlich wird, weil die Verfassungsbeschwerden in allen Fällen Erfolg hatten. Willkürlich und damit eine Verletzung von Art. 3 I GG können aber selbst nach der weiten Auslegung des BVerfG nur solche Entscheidungen sein, die evidente Verstöße gegen das rechtliche Gehör beinhalten. Das "Ausweichen" auf Art. 3 I GG hätte daher dann einen Sinn, wenn das BVerfG andere als solche evidenten Fälle aus dem Schutzbereich des rechtlichen Gehörs oder doch der Verfassungsbeschwerde wegen seiner Verletzung herausnehmen möchte, ohne abrupt mit seiner bisherigen Rechtsprechung zu brechen.⁵⁰

Die Rechtsprechung des 2. Senats hat mit Recht Kritik in den eigenen Reihen⁵¹ und in der Literatur⁵² gefunden. Soweit es um das Abschneiden von Äußerungsmöglichkeiten und mangelnde Kenntnisnahme des Parteivorbringens geht, hat Art. 3 I GG neben Art. 103 I GG keine selbständige Bedeutung; eine solche wäre allenfalls dort zu erwägen, wo durch die Nichtgewährung von Gehör die Waffengleichheit der Parteien aufgehoben wird.⁵³ Der 2. Senat hat sich mit der

49) BVerfG 42, 64 (73).

50) Diese Vermutung äußern Deubner, NJW 1980, 1945 und Kopp, AöR 106, 604 (611).

51) Geiger, abweichende Meinung, BVerfG 42, 79.

52) Weitzel, JuS 1976, 622 (624 f.); Gusy, JuS 1982, 30 (35); Kopp, AöR 106, 604 (611); s. auch Seetzen, NJW 1982, 2337 (2338) und Vollkommer, Rpfleger 1976, 393.

53) Kopp, AöR 106, 604 (612); vgl. HessStGH, ESVGH 22, 135 (136).

geäußerten Kritik nicht auseinandergesetzt; nach seinen neuesten Entscheidungen hat es aber den Anschein, als wolle er zu der hier befürworteten Lehre vom Vorrang des Art. 103 I GG zurückkehren, an der der 1. Senat stets festgehalten hat, ohne auf diese Diskrepanz jemals hinzuweisen.⁵⁴

In BVerfG, NJW 1983, 1046 hat der 2. Senat freilich wieder einer wegen Gehörsverletzung begründeten Verfassungsbeschwerde (Verweigerung vollständiger Akteneinsicht) aus Art. 3 I GG stattgegeben, obwohl nicht einmal der Beschwerdeführer den Gleichheitssatz für verletzt gehalten hatte.

IV. Verhältnis zu materiellen Grundrechten

Ähnlichen Bedenken wie die übermäßig weite Auslegung des Art. 3 I GG im Bereich des rechtlichen Gehörs begegnet die Praxis, verfahrensfehlerhafte Entscheidungen wegen Verstoßes gegen das betroffene materielle Grundrecht aufzuheben. So hat das BVerfG einer Verfassungsbeschwerde in einer Zwangsversteigerungssache, die ganz ähnlich lag wie der soeben behandelte Fall, stattgegeben, weil der Zuschlagsbeschluß die Schuldnerin in ihrem Eigentumsrecht (Art. 14 I GG) verletzt habe.⁵⁵

Dieser Entscheidung liegt die Lehre zugrunde, daß sich aus den materiellen Grundrechten zugleich ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ergebe. Es würde die tatsächliche Geltung der jeweils betroffenen Grundrechte beeinträchtigen, wenn entweder zu hohe verfahrensrechtliche Hürden aufgerichtet sind oder wenn eine gerichtliche Entscheidung zu spät kommt, um den Grundrechtsverstoß noch beseitigen zu können. Dem sei durch eine verfahrensmäßige Gestaltung zu begegnen, die dieser Sachlage Rechnung trage, und hierin werde die zunehmende Bedeutung des Verfahrens für die Verwirklichung der Grundrechte sichtbar.⁵⁶ (Materielle) Grundrechte sind hiernach Verfahrensgarantien.⁵⁷

Aber dieser Rückgriff auf die materiellen Grundrechte ist ein vermeidbarer Umweg, der mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden ist. Das BVerfG hat in seinen Entscheidungen zum grundrechtswidrigen Zuschlag⁵⁸ stets auf die schwere und unerträgliche Beeinträchtigung des verfassungsmäßig geschützten

54) Vgl. die Entscheidungen des 2. Senats BVerfG 60, 96, 305 und 313 sowie NJW 1982, 2368.

55) BVerfG 46, 325. Ein Grundstück war zu 1/10 des Werts zugeschlagen worden, ohne daß die geschäftsungewandte Schuldnerin darauf hingewiesen wurde, daß sie Vollstreckungsschutz beantragen könne.

56) BVerfG 49, 220 (225, 235) und 252 (257); zustimmend Hesse, VerfR, § 10 IV 2 a.

57) So der Titel des Buches von Goerlich.

58) Vgl. außer den in Fn. 49 und 55 genannten Entscheidungen noch BVerfG 49, 220 und 51, 150.

Eigentums der Beschwerdeführer abgestellt. Aber wäre das Verfahren des Rechtspflegers eher zu billigen, wenn die Differenz von Grundstückswert und Versteigerungserlös weniger drastisch oder die Grundstücke nicht das einzige Vermögensstück der Beschwerdeführer gewesen wären? Richtigerweise ist der Zuschlag deswegen grundrechtswidrig, weil in den Versteigerungsverfahren kein effektives rechtliches Gehör gewährt worden ist.⁵⁹ Nichtgewährung effektiven rechtlichen Gehörs bleibt aber ein Verstoß gegen Art. 103 I GG, mag das Verfahren auch das Eigentum der Beschwerdeführer betreffen; nicht Art. 14 GG, sondern vielmehr das rechtliche Gehör ist in diesen Fällen verletzt.⁶⁰

V. Verhältnis zu anderen Verfahrensgrundrechten

1. Rechtliches Gehör und gesetzlicher Richter

Neuerdings wird die Meinung vertreten, ein Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 I 2 GG) könne zugleich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellen, weil das rechtliche Gehör seinen Zweck letztlich nur dann voll erfülle, wenn es vom zuständigen Richter gewährt werde.⁶¹ Solche Verbindungslinien bestehen indessen nicht. Selbst wenn man willkürlich seinem gesetzlichen Richter entzogen wird, hat man, wenn das Verfahren im übrigen in Ordnung ist, rechtliches Gehör - wenn auch vor dem "falschen" Richter - gehabt. Vor welchem Richter Gehör zu gewähren ist, wird ausschließlich durch die Garantie des Art. 101 I 2 GG bestimmt. Letztlich handelt es sich dabei um den Versuch, das rechtliche Gehör in ein allgemeines Verfahrensgrundrecht einzubetten, was sogleich in größerem Rahmen zu behandeln sein wird.

59) Vgl. zum Effektivitätsgedanken bei der Gehörsgewährung u. § 11.

60) Lorenz, AöR 105, 623 (647 f.); zustimmend Seetzen, NJW 1982, 2337 (2339).

61) Kopp, AöR 106, 604 (612 f.).

2. Das Recht auf ein "fairer Verfahren"

Im englischen Recht wird der Anspruch auf eine rechtsstaatliche Ausgestaltung des Verfahrens als "fair trial" bezeichnet. Dieser Begriff umfaßt diejenigen Vorschriften des Prozeßrechts, die eine umfassend verstandene Verfahrensgerechtigkeit gewährleisten.⁶² Gleichbedeutend ist der Anspruch auf "due process of law",⁶³ der im XIV. Amendment der amerikanischen Verfassung mit Verfassungsrang ausgestattet worden ist.⁶⁴

Ausgehend hiervon hat das BVerfG dem Rechtsstaatsprinzip über die an die aus den Verfahrensgrundrechten zu folgernden Anforderungen an die Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens hinaus einen allgemeinen Anspruch auf ein fairer Verfahren entnommen.⁶⁵ In Fortführung dieses Ansatzes wird das rechtliche Gehör als eines der Elemente eines allgemeineren, generalklauselartigen Verfahrensgrundrechts eines fairen Verfahrens, als Teil einer "Gesamtvorstellung",⁶⁶ einer "globalen Verfahrensgerechtigkeit"⁶⁷ verstanden.⁶⁸

Diese Versuche verdienen keine Billigung. An die Stelle des Grundrechts vom rechtlichen Gehör tritt eine Mélange aus Rechtsstaatsprinzip, Waffengleichheit, gesetzlichem Richter und rechtlichem Gehör, die keine festen Konturen hat. Dadurch wird verkannt, daß es sich beim rechtlichen Gehör um etwas Originäres handelt, um eine unmittelbar zum Menschen gehörende Rechtsposition, deren Eigenwert durch eine solche generalisierende Betrachtungsweise verwischt wird. Mit dieser Extensivierung des Schutzbereichs durch Einbeziehung eher marginaler Gewährleistungen des Verfahrens muß notwendig ein Verlust an Prüfungsintensität durch Rechtsmittel- und Verfassungsgerichte einhergehen, die den Rechtsschutz des Bürgers verschlechtert und in jedem Einzelfall zur Disposition des letztendlich angegangenen BVerfG stellt, ob es das Verfahren (noch) oder nicht mehr als verfassungsgemäß ansehen will. Bei sinnvoller

62) Vgl. Jolowicz, Fundamental Guarantees, S. 121 (156 ff., 162 ff.).

63) S. dazu bereits o. § 2 I.

64) Text bei Franz, S. 38. Vgl. dazu Smit, Fundamental Guarantees, S. 417 (451 f.); Loewenstein, S. 510 ff.

65) Vgl. BVerfG 26, 66 (71 f.); 38, 105 (111 f.); 39, 156 (163); 52, 131 (143). Zustimmend Hesse, EuGRZ 1978, 427 (435); Vollkommer, Gedächtnisschrift für Bruns, S. 195; Stein-Jonas-Schumann, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 515.

66) Lerche, ZJP 78, 1 (6); ähnlich Kissel, Einl. Rdnr. 169.

67) Calavros, S. 28.

Auslegung der Reichweite des Grundsatzes vom rechtlichen Gehör bedarf es einer solchen anfechtbaren Konstruktion auch nicht: Gewährung effektiven rechtlichen Gehörs und Gewährleistung eines fairen Verfahrens sind deckungsgleiche Begriffe; die Fälle, die sich für die eigenständige Berechtigung des "fairen Verfahrens" anführen lassen, erweisen sich bei näherem Hinsehen als - wenn auch nicht immer ganz zweifelsfreie - Verletzungen effektiven rechtlichen Gehörs.

-
- 68) Lerche, auf den dieser Gedanke wohl zurückgeht, lehnt allerdings in ZZP 78, I (14) einen unmittelbar vollziehbaren Verfassungssatz einer allgemeinen Verfahrensgerechtigkeit ab. Weder habe er in der Verfassung einen sichtbaren Ausdruck gefunden, noch wäre eine solche Auslegung ein Gewinn. Behrendt, S. 55 hat Lerche hier wohl mißverstanden.

§ 5. Rechtliches Gehör in anderen Verfahrensordnungen

I. Allgemeines

Dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs wird in fast allen Ländern entscheidende Bedeutung für das Verfahrensrecht zuerkannt; er findet sich daher in den Verfassungen oder Zivilprozeßgesetzen fast aller zivilisierter Staaten, so in den Verfassungen der DDR (Art. 102 I),¹ Italiens (Art. 24 II),² Griechenlands (Art. 20 S. 1),³ der Türkei (Art. 36 I),⁴ Liberias (Art. 1 VI)⁵ und Nigerias (Art. 22 I).⁶ In Japan (Art. 32 Verf.),⁷ Brasilien (Art. 153 IV Verf.)⁸ und Portugal (Art. 20 I Verf.)⁹ werden diejenigen Verfassungsvorschriften, die die Justizgewährung garantieren, so ausgelegt, daß sie auch das rechtliche Gehör umfassen. Auch aus dem in Spanien verbürgten Anspruch auf effektiven Rechtsschutz durch Richter und Gerichte (Art. 24 I 1 Verf.)¹⁰ wird ein Recht auf Gehör abgeleitet. Im Senegal entnimmt man aus dem Recht der Verteidigung (Art. 6 IV 3 Verf.) auch das rechtliche Gehör im Zivilprozeß,¹¹ in der Schweiz aus dem Gleichheitssatz (Art. 4 S. 1 Bundesverf.).¹² In den USA,¹³ in Mexiko (Art. 14 II Verf.)¹⁴ und auf den Philippinen (Art. 3 I Verf.)¹⁵ wird der Anspruch

1) S. dazu u. II.

2) S. dazu u. III 4.

3) Die griechische Verfassung vom 7. 6. 1975 liegt mir bisher in deutscher Übersetzung nicht vor.

4) Die Übersetzung der neuen türkischen Verfassung von 1982 verdanke ich Frau stud. phil. Sabine Prätor.

5) Text bei Peaslee, I S. 423.

6) Text bei Peaslee, I S. 602.

7) Englische Übersetzung bei Peaslee, II S. 525.

8) Englische Übersetzung bei Peaslee, IV S. 194 (dort noch Art. 150 IV Verf.).

9) Deutsche Übersetzung bei Thomashausen, S. 400.

10) Deutsche Übersetzung bei Weber, JöR 29, 209 (255).

11) M'Baye, in: Fundamental Guarantees, S. 595 (618). Englische Übersetzung des Art. 6 Verf. bei Peaslee, I S. 619.

12) S. dazu u. III 1.

13) S. o. §§ 2 I und 4 V 2.

14) Englische Übersetzung bei Peaslee, II S. 1068.

15) Text bei Peaslee, IV S. 894.

auf rechtliches Gehör der due-process-Klausel entnommen, und auch in Ländern ohne geschriebene Verfassung (Israel, England¹⁶) hat die Maxime hohen Rang. Indessen kann daraus, daß das rechtliche Gehör in einigen Ländern nur einfach-rechtlich gewährleistet ist (z. B. in Frankreich¹⁷ und Österreich¹⁸) oder gar nicht positiviert ist, nicht geschlossen werden, daß der Grundsatz des rechtlichen Gehörs dort geringere Bedeutung hätte.¹⁹ erinnert sei daran, daß auch für das deutsche Zivilprozeßrecht bis zum Inkrafttreten des GG im Jahr 1949 die Positivierung fehlte, ohne daß die Bedeutung des rechtlichen Gehörs als Eckpfeiler jeden geordneten Verfahrens jemals in Zweifel gezogen worden wäre. Auch in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gehört das rechtliche Gehör zu den Voraussetzungen für die Anerkennung eines ausländischen Schiedsspruchs.²⁰ Man kann daher davon sprechen, daß die über die einzelnen Verfahrensordnungen und Rechtsordnungen hinausgreifende Garantie des rechtlichen Gehörs dieses zum Bestandteil einer universalen prozessualen Ordnung hat werden lassen.²¹

Die folgenden Ausführungen können nur einen kurzen Überblick über die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs in einigen ausgewählten Ländern geben und beschränken sich auf Fragen, die auch für das deutsche Zivilprozeßrecht von Interesse sein können.

II. Rechtliches Gehör im Recht der DDR

Art. 102 I der Verfassung der DDR²² bestimmt, daß jeder Bürger das Recht hat, vor Gericht gehört zu werden. In der Rechtslehre wird betont, daß der

16) Jolowicz, in: Fundamental Guarantees, S. 121(162).

17) S. u. III 3.

18) S. u. III 2.

19) Vgl. für Dänemark Thuesen-Lando, in: Fundamental Guarantees, S. 335 (349).

20) Art. V I b UN-Übereinkommen; vgl. Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 389; Rüping, S. 109 f.

21) Cheng, S. 290 ff.; Rüping, S. 110 f.

22) Verfassung der DDR vom 6.4. 1968, jetzt i. d. F. vom 7. 10. 1974 (GBl. DDR 1968 I 199, 1974 I 432). Eine Gewährleistung des rechtlichen Gehörs enthält darüber hinaus § 11 GVG (GBl. DDR 1974 I 458) unter der irreführenden Überschrift "Mündlichkeit der Verhandlung".

Grundsatz für alle Verfahren gelte und das Recht zur Stellungnahme zum Gegenstand und den "Zusammenhängen" des Verfahrens gebe. Er umfasse das Recht, Anträge zu stellen, die das Gericht bei seinem Bemühen, die Wahrheit umfassend aufzudecken, zu berücksichtigen habe.²³

Dennoch ist das rechtliche Gehör in der DDR kein Grundrecht in unserem Verständnis, sondern hat nur instrumentale Funktion im Interesse der Wahrheitserforschung, die der Verwirklichung der sozialistischen Gesellschaft dient. Zwar betont auch die Prozeßrechtslehre der DDR, das Gericht müsse dem Anliegen der Parteien Gehör schenken, und es sei ausgeschlossen, die Parteien als Objekt des Prozesses zu betrachten und ihnen keinen bestimmenden Einfluß auf das Verfahren einzuräumen.²⁴ Der Zweck des Zivilprozesses ist aber in der DDR nicht nur der Schutz subjektiver Rechte, sondern das Streben nach gesellschaftlicher Lenkung, kollektiver Überwachung und sozialistischer Erziehung. Dadurch hat sich die Funktion des rechtlichen Gehörs gewandelt. Es wird lediglich noch als Teil des Prinzips der Parteienmitwirkung angesehen, das seinerseits "eine besondere Ausdrucksform der sozialistischen Demokratie, der allgemeinen Mitverantwortung des Bürgers für die Gestaltung des politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Lebens in der sozialistischen Gesellschaft" darstellt.²⁵ Zu westlichen Auffassungen besteht also nicht nur ein quantitativer, sondern ein qualitativer Unterschied.²⁶

Das zeigt sich besonders deutlich bei der richterlichen Hinweispflicht, die auch im Zivilprozeß der DDR bejaht wird. Sie dient aber nicht aber nicht nur der Hilfestellung für die Partei und damit ihrem Gehör, sondern ist Mittel zur Erreichung des Verfahrenszwecks. Das Gericht darf sich daher nicht darauf beschränken, einen Hinweis zu geben, sondern muß "im Interesse der Feststellung der Wahrheit seine Forderungen nach Mitwirkung . . . durchzusetzen versuchen."²⁷

23) Sorgenicht-Weichelt-Reimann-Semler, Art. 102 Anm. 1.

24) Kietz-Mühlmann, S. 67 f.

25) Kellner, S. 87. Symptomatisch für die Hintanstellung der Anspruchskomponente des rechtlichen Gehörs ist es, wenn Kellner-Göhring-Kietz, S. 44 bei der Behandlung der Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts das rechtliche Gehör zwar erörtern, die Tatsache seiner Verankerung in der Verfassung aber unerwähnt lassen.

26) Rüping, S. 105.

27) Beyer, NJ 1974, 291 (292); vgl. auch Kellner, NJ 1972, 217.

III. Rechtliches Gehör im ausländischen Recht

Beispielhaft für die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs im ausländischen Recht sollen die Rechtsordnungen der Schweiz, Österreichs, Frankreichs und Italiens angeführt werden.

1. Schweiz

Aus Art. 4 S. 1 der schweizerischen Bundesverfassung von 1874²⁸ hat das schweizerische Bundesgericht auch den Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleitet. Der materielle Inhalt des Gleichheitssatzes bestehe in einer prozessualen Mindestgarantie, die vor willkürlicher und mißbräuchlicher Ausübung staatlicher Gewalt schützen solle.²⁹

Eine solche Deduktion begegnet freilich denselben grundsätzlichen Bedenken, die bereits bei der Darstellung des Verhältnisses des rechtlichen Gehörs zum Willkürverbot im deutschen Recht geäußert wurden.³⁰ Die Gleichheit unter den Parteien des Prozesses kann Grundlage ihres Gehörs nicht sein, da das Verhältnis gerade umgekehrt ist. Man muß daher auf den Gedanken der Gleichheit in der Reihe zurückgreifen: Jede Gehörsverweigerung setze voraus, daß im Zivilprozeß eine Partei mit erheblichem Vorbringen nicht gehört worden ist, welches anzuhören und zu würdigen der Richter verpflichtet gewesen wäre.

In Wahrheit geht es aber auch dem Bundesgericht nicht um eine echte Deduktion aus dem Gleichheitssatz.³¹ Vielmehr wird der ungeschriebene Verfassungssatz eines allgemeinen Gerechtigkeitsgebots mit Art. 4 Bundesverf. in Verbindung gebracht, um Rechtsschutz durch die staatsrechtliche Beschwerde zum Bundesgericht zu erreichen.³² Auch das Bundesgericht fundiert daher das rechtliche Gehör letztlich in der Menschenwürde; dieser materiale Ansatz liegt auch der Literatur zugrunde.³³

2. Österreich

Auch in den österreichischen Verfassungsgesetzen fehlt eine ausdrückliche Gewährleistung des rechtlichen Gehörs. Der Grundsatz ist aber in § 177 I österr-

28) Die Vorschrift lautet: Alle Schweizer sind vor dem Gesetz gleich. Eine ausdrückliche Regelung des rechtlichen Gehörs ist in § 56 Zürcher ZPO und auch in den meisten anderen kantonalen Zivilprozeßgesetzen enthalten, vgl. die Zusammenstellung bei Guldener, ZPR, S. 175.

29) BG, EuGRZ 1980, 609; Kaufmann, S. 32; Reinhardt, S. 7 ff., 35 ff.; Burckhardt, Art. 4 Anm. II 1 a; Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (308 f., 320 f.); Kummer, S. 75.

30) S. o. § 4 III 2.

31) Reinhardt, S. 39; Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (311).

ZPO als richterliche Pflicht enthalten und ist, da Art. 6 I 1 EMRK in Österreich Verfassungsrang hat, zum Verfassungsgrundsatz erhoben.³⁴

3. Frankreich

Für das französische Recht ergibt sich das beiderseitige Gehör aus der kontradiktorischen Natur eines Prozesses.³⁵ Das Prinzip des "droit de la défense" gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, über deren Einhaltung der Kassationshof mit besonderer Schärfe wacht, ist aber im CPC nicht enthalten, allerdings seit relativ kurzer Zeit in einem Einführungsgesetz.³⁶ Versäumnisentscheidungen und einstweilige Regelungen, deren Zweck die Überraschung des Gegners ist, werden als Ausnahmen angesehen.

4. Italien

In Italien ist die Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 24 II Verf.)³⁷ zwischen die Gewährleistung des Justizanspruchs (Art. 24 I Verf.) und der Prozeßkostenhilfe (Art. 24 III Verf.) eingeordnet.³⁸ Die Verfassungsnorm wird als Verwirklichung des Gedankens der Teilhabe am Verfahren aufgefaßt. Die Seltenheit der persönlichen Teilnahme der Prozeßparteien am Verfahren und die Verdrängung der mündlichen Verhandlung zu Gunsten eines schriftlichen Verfahrens werden als Kritikpunkte der gegenwärtigen italienischen Zivilprozeßpraxis herausgestellt.³⁹

32) Zum Umfang der Prüfung durch das BG vgl. Kölz, Ztschr. f. schweizer. R. 95/1, 29.

33) Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (311); Darbellay, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 419 (428); Reinhardt, S. 39.

34) Holzhammer, S. 133 f.

35) Vincent, no. 390, 396; Morel, § 426; Larguier, S. 61.

36) Art. 14, 16 des Dekrets vom 9. 9. 1971, jetzt i. d. F. vom 12. 5. 1981; vgl. auch Oppetit, in: Fundamental Guarantees, S. 481 (498).

37) Deutsche Übersetzung bei Mayer-Tasch, S. 318.

38) Vgl. Trocker, S. 384 ff.

39) Trocker, ZJP 91, 237 (261).

IV. Überstaatliche Gewährleistungen

Nach dem zweiten Weltkrieg wurde das rechtliche Gehör in mehreren überstaatlichen Kodifikationen verbürgt.

1. Deklaration der Menschenrechte der Vereinten Nationen

Den Anfang bildet Art. 10 der Deklaration der Menschenrechte durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 10. 12. 1948, welcher lautet:

"Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations."⁴⁰

Diese Erklärung der Vereinten Nationen hat aber nur empfehlenden Charakter und keinerlei rechtlich bindende Wirkung.⁴¹

2. Europäische Menschenrechtskonvention

Ähnlich bestimmt Art. 6 I EMRK:⁴²

"Jedermann hat Anspruch darauf, daß seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht."

Hier ist die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs mit der des Justizanspruchs und dem Mündlichkeitsprinzip verknüpft. Soweit das rechtliche Gehör betroffen ist, geht die Garantie nicht über Art. 103 I GG hinaus. Theoretisch steht allerdings nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs die Beschwerde an die Menschenrechtskonvention zur Verfügung.⁴³

In der Praxis des Zivilprozesses hat diese Möglichkeit allerdings keine Bedeutung, nicht zuletzt wegen der bis in die Detailfragen gehenden intensiven Rechtsprechung des BVerfG.⁴⁴

40) Text bei Rüping, S. 106 und Sonnenwald, S. 38.

41) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 1 Rdnr. 56; Jünemann, S. 7; Schultze-Rhonhof, S. 29.

42) BGBl. II 1952, 688. Die Übersetzung ist amtlich.

43) Vgl. Art. 25 EMRK und dazu Schorn, EMRK, Art. 25 Anm.

44) Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde zum BVerfG kann ein Verstoß gegen die EMRK nach dessen Rechtsprechung nicht gerügt werden; s. o. § 4 II.

Eine ähnliche Gewährleistung wie die EMRK enthält auch Art. 7 Ziff. 1 der Afrikanischen Menschenrechtskonvention von 1981.

V. Anerkennung ausländischer Entscheidungen

Die Geltung des rechtlichen Gehörs in ausländischen Rechtsordnungen gewinnt auch für das deutsche innerstaatliche Recht Bedeutung, nämlich dann, wenn sich die Frage der Anerkennung eines ausländischen Urteils stellt (§§ 328, 722, 723 ZPO, Art. 7 § 1 FamRÄndG).

Nach § 328 I Nr. 2 ZPO ist die Anerkennung eines ausländischen Urteils ausgeschlossen, wenn der Beklagte Deutscher ist, sich auf den Prozeß nicht eingelassen hat und ihm die Ladung weder persönlich noch im Rechtshilfeweg zugestellt worden ist. Damit beschreibt die Vorschrift einen Fall der Versagung des rechtlichen Gehörs.⁴⁵ Wer von einem gegen ihn anhängigen Prozeß nichts erfahren hat, kann sich auch nicht äußern; das gegen ihn ergangene Urteil ist nicht anzuerkennen.

Wäre § 328 I Nr. 2 ZPO aber die einzige einschlägige Vorschrift, so wäre er insoweit verfassungswidrig, als er nur Deutsche, nicht aber Ausländer schützt, die den gleichen Anspruch auf rechtliches Gehör haben.⁴⁶ Indessen ergibt sich dieselbe Folge auch aus § 328 I Nr. 4 ZPO: Ein Urteil ist hiernach nicht anzuerkennen, wenn die Anerkennung gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs als eines fundamentalen Verfahrensprinzips gehört zum deutschen ordre public. Deshalb kann ein unter Verstoß gegen das rechtliche Gehör zustandegekommenes Urteil nicht anerkannt werden.⁴⁷

45) Wieczorek, 2. Aufl., § 328 Anm. E II b; Zöller-Geimer, 13. Aufl., § 328 Anm. N IV 2 a; Geimer, NJW 1973, 2139; Kurth, S. 208; BayObLG 1978, 132 (134).

46) Geimer, NJW 1973, 2138 (2139); s. u. § 16 II.

47) Stein-Jonas-Schumann-Leipold, 19. Aufl., § 328 Anm. VII 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 328 Anm. 5 B; Wieczorek, 2. Aufl., § 328 Anm. E IV b 2; Geimer, JZ 1969, 12 (13); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 328 Anm. 2; KG, OLGZ 1980, 165; BayObLG, NJW 1974, 418; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 85; Kurth, S. 208.

Für Urteile der DDR gilt nach wohl noch herrschender Meinung § 328 ZPO nicht.⁴⁸ Dennoch müssen auch sie zumindest insoweit überprüft werden können, als fundamentale Verfahrensprinzipien ausreichend beachtet worden sind. Das bedeutet aber, daß an sie im Hinblick auf die Gewährung rechtlichen Gehörs dieselben Anforderungen zu stellen sind wie an ausländische Urteile; sind sie unter Verstoß gegen das rechtliche Gehör zustande gekommen, so können sie nicht anerkannt werden.⁴⁹

Mitunter findet sich die Formulierung, die Anerkennung unterbleibe nur, wenn die Entscheidung unter "grober" Verletzung des rechtlichen Gehörs ergangen sei.⁵⁰ Das ist insofern richtig, als die Modalitäten der Gehörsge-
währung in den einzelnen Rechtsordnungen unterschiedlich sein können, ohne daß deshalb eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegen müßte. Die Äußerungsmöglichkeit zu allen Grundlagen der Entscheidung darf aber keinesfalls abgeschnitten werden.

48) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 158 I 6.

49) Kurth, S. 209; OLG Hamm, FamRZ 1961, 223; OLG Frankfurt, NJW 1964, 730; BGH 20, 323 und FamRZ 1961, 208 (210).

50) KG, OLGZ 1980, 165; BayObLG, NJW 1974, 418; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 328 Anm. 2.

Zweiter Teil

DER INHALT DES ANSPRUCHS AUF RECHTLICHES GEHÖR

Von den Problemen des rechtlichen Gehörs haben diejenigen die größte praktische Bedeutung, die sich auf den Inhalt des Anspruchs beziehen, auf die Fragen, wozu er die Parteien berechtigt und das Gericht verpflichtet. Die Grundlinien des Anspruchsinhalts sind außer Streit; im Detail, wo sich aber letztlich die Wirkkraft des Anspruchs entscheidet, sind noch etliche Fragen offen.

§ 6. Das Recht auf Orientierung

Voraussetzung dafür, daß sich das Recht der Beteiligten auf Gehör entfalten kann, ist, daß sie vom Streitstoff des Verfahrens vollständige Kenntnis haben, die ihnen entweder das Gericht verschaffen muß oder die sie sich selbst verschaffen müssen. Diesen Aspekt des rechtlichen Gehörs kann man als das Recht der Parteien auf Orientierung bezeichnen.¹

I. Benachrichtigung vom Verfahren

Zu diesem Recht auf Orientierung gehört in erster Linie das Recht, von der Tatsache, daß ein Verfahren anhängig ist, benachrichtigt zu werden.

Diese große Bedeutung der Ladung der Parteien zum Prozeß ergibt sich schon daraus, daß bis weit in die Neuzeit das rechtliche Gehör überhaupt nur unter diesem Aspekt behandelt wurde. Verstöße gegen das Erfordernis der Ladung (citatio) wurden als Mängel in den notwendigen Voraussetzungen jeder Entscheidung angesehen. Ihr Fehlen schloß bereits die formelle Rechtskraft aus und führte zur Nichtigkeit der Entscheidung.² An dieser großen Bedeutung der Benachrichtigung vom Verfahren hat sich im Grunde bis heute nichts geändert. Das rechtliche Gehör im Verfahren kann sich nur dann entfalten, wenn der Beteiligte weiß, daß ein Verfahren anhängig ist.

Wie sehr die gehörige Ladung als Grundvoraussetzung eines jeden ordentlichen Prozesses angesehen wird, zeigt deutlich Goethes Tiererepos "Reineke Fuchs". Obwohl der Umfang der gegen den Fuchs vorliegenden Beweise erdrückend ist, ordnet der König der Tiere an, den Fuchs zunächst vorzuladen, damit er sich verteidigen könne, und selbst als der Fuchs der ersten Ladung nicht folgt, wird sie noch zweimal wiederholt.

1) Der Begriff ist dem schweizerischen Recht entnommen, vgl. dazu Reinhardt, S. 161.

2) Vgl. Rüping, S. 15 f.; s. auch u. § 18 I 1.

1. Die Zustellung an den Zustellungsadressaten

Garantiert wird dieses Recht der Benachrichtigung vom Verfahren durch die Ladungs- und Zustellungsvorschriften.³ Durch sie soll nämlich erreicht werden, daß die Beteiligten tatsächlich und rechtzeitig Kenntnis vom Verfahren und seinem Inhalt erlangen. Wird gegen diese Vorschriften verstoßen, so ist das rechtliche Gehör verletzt, wenn dem Zustellungsadressaten dadurch die Gelegenheit zur Stellungnahme genommen wird.⁴ Unzweifelhaft ist das Recht auf Benachrichtigung vom Verfahren dann gewährt, wenn dem Beteiligten ein zuzustellendes Schriftstück persönlich übergeben wird (§ 180 ZPO). Zweifel tauchen aber dann auf, wenn dies nicht ausführbar ist, weil der Zustellungsadressat in seiner Wohnung nicht angetroffen wird oder weil sein Aufenthalt überhaupt unbekannt ist.

2. Die Ersatzzustellung

Im ersten Fall, wenn eine Wohnung des Zustellungsadressaten vorhanden ist, aber dieser dort nicht angetroffen wird, gestattet die ZPO eine Ersatzzustellung in Wohnung und Haus (§ 181 ZPO) oder durch Niederlegung (regelmäßig) auf der Post (§ 182 ZPO).

Die Frage, ob eine derartige Ersatzzustellung dem Anspruch auf rechtliches Gehör gerecht wird, ist von außerordentlicher praktischer Relevanz. Sie ist nämlich nicht etwa die Ausnahme; vielmehr werden über 70% der Zustellungen im Weg der Ersatzzustellung vorgenommen.⁵

In beiden Fällen kann es sein, daß ein Beteiligter unverschuldet von einem anhängigen Prozeß nicht oder nicht rechtzeitig zur Wahrung von mit der Zustellung laufenden Fristen erfährt, im Fall des § 181 ZPO etwa dann, wenn der Zustellungsempfänger dem Zustellungsadressaten das Schriftstück absichtlich oder versehentlich nicht aushändigt, im Fall des § 182 ZPO, wenn das nieder-

3) BayVerfGH, NJW 1982, 2260; BGH 12, 96 (98); Baur, AcP 153, 393 (403); Couture, ZJP 67, 128 (145); Pfeiffer, S. 220; Planck, II S. 83; Jünemann, S. 34; Kenneweg, S. 103; BGH, NJW 1978, 1858; Röhl, NJW 1958, 1268 (1272); Trocker, S. 477; BayVerfGH, BayVBl. 1983, 210 (211).

4) BayVerfGH 26, 127 (133) und NJW 1982, 2660.

5) Vgl. Hohmann, S. 89.

gelegte Schriftstück, etwa wegen Urlaubs, nicht rechtzeitig von der Post abgeholt wird oder der Benachrichtigungszettel verlorengeht. Es stellt die Dinge daher verkürzt dar, wenn gesagt wird, die Ersatzzustellung sei kein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs.⁶ Die Ersatzzustellung ist nämlich nur dann kein solcher Verstoß, wenn in den Fällen, wo sie ohne dessen Verschulden zu keiner tatsächlichen Benachrichtigung des Zustellungsadressaten führt, Möglichkeiten vorgesehen sind, die diesem doch noch zu dem Gehör verhelfen, das ihm durch die Ersatzzustellung zunächst abgeschnitten worden ist. Für solche Fälle muß das Prozeßrecht Wiedereinsetzungs- und, wenn es dafür bereits zu spät ist, Wiederaufnahmemöglichkeiten vorsehen.

3. Die öffentliche Zustellung

Im wesentlichen dieselben Probleme stellen sich, wenn der Aufenthalt eines Beteiligten unbekannt und daher die öffentliche Zustellung zugelassen ist (§ 203 I ZPO). Während aber die Ersatzzustellung in aller Regel zur tatsächlichen Unterrichtung des Adressaten führt, ist die durch die öffentliche Zustellung gewährte Informationsmöglichkeit reine Theorie: Die an die Gerichtstafel angehefteten Schriftstücke (§ 204 II ZPO) werden allenfalls aus Langeweile von Gerichtsbesuchern gelesen, und mit den in öffentliche Blätter eingerückten Ladungen (§ 204 III ZPO) steht es kaum besser. Die Fiktion der Zustellung des auf diese Weise übermittelten Schriftstücks ist zugleich eine Fiktion der Gewährung rechtlichen Gehörs.⁷ Diese Versagung des Gehörs läßt sich sicher nicht damit rechtfertigen, daß es sich um eine hergebrachte Einrichtung des Zivilprozesses handle,⁸ weil das rechtliche Gehör nicht in den Schranken der Zivilprozeßgesetze gilt, sondern die Zivilprozeßgesetze nur dann gelten, wenn sie dem Recht auf Gehör entsprechen. Die dem öffentlich Zugestellten zugefügten

6) Für einen mit § 181 ZPO vergleichbaren Fall: BayVerfGH, NJW 1982, 2660 (2661); für § 182 ZPO: Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 83; Endemann, NJW 1969, 1197 (1198); Hohmann, S. 197; Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV g 11; BVerfG 26, 315 (318); zweifelnd Kenneweg, S. 103 f.; a. A. Rumpel, S. 99 f., der eine Ersatzzustellung bei urlaubsbedingter Abwesenheit für unzulässig hält; ebenso für Strafbefehle LG Hannover, NJW 1968, 416.

7) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 47; Rüping, S. 169; Erhard, S. 60; Geimer, NJW 1974, 1630 (1631); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (370); A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 2; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 203 Anm. I 1; Rumpel, S. 100; ebenso für die öffentliche Ladung im Verfahren gegen Abwesende nach §§ 276 ff. StPO a.F.: Röhl, NJW 1953, 1531 (1532); Schorn, Menschenwürde, S. 72.

Rechtsnachteile rechtfertigen sich aber daraus, daß derjenige, der sich freiwillig aus seinem bisherigen Lebenskreis entfernt, ohne die Möglichkeit zu schaffen, daß ihn Zustellungen erreichen, die daraus erwachsenden Folgen in Kauf nehmen muß.⁹

Es sollte freilich nicht übersehen werden, daß es Möglichkeiten gäbe, die der Gewährung rechtlichen Gehörs besser gerecht würden als die geltende Regelung. Insbesondere wäre es zweckmäßig, wenn dem, dessen Aufenthalt unbekannt ist, von Amts wegen ein Prozeßpfleger bestellt werden würde.¹⁰

Stets muß es sich aber um eine freiwillige Entfernung des Zustellungsadressaten aus seinem bekannten Aufenthaltsort handeln. Wenn ein Staatsbürger durch absichtliche Willkürmaßnahmen der Staatsgewalt zur Flucht genötigt und ihm dann öffentlich zugestellt wird, gibt die Ladung dem Abwesenden nur scheinbar Gelegenheit, sich einzulassen; in Wahrheit wird ihm das rechtliche Gehör verweigert.¹¹ In jedem Fall sind an die Voraussetzungen für die Bewilligung öffentlicher Zustellung scharfe Anforderungen zu stellen, um die Möglichkeiten einer Verweigerung rechtlichen Gehörs auf ein Minimum zu beschränken.¹² Wenn zunächst die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung vorlagen, im weiteren Verlauf des Verfahrens aber die neue Anschrift des Zustellungsadressaten bekannt wird, muß das Gericht ihm nachträglich ausreichende Gelegenheit zur Äußerung geben.¹³

8) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 47.

9) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., § 203 Anm. II 1; A. Blomeyer, ZPR, § 16 III 2; Erhard, S. 60; Kurth, S. 63 f., 125; Schwartz, S. 67; W. Bernhardt, § 23 IV; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 203 Anm. 1; Linke, S. 118; Schönke-Kuchinke, § 9 III 2; OLG Nürnberg, MDR 1957, 45.

10) Geimer, NJW 1974, 1630 (1631), der die gegenwärtige Rechtslage für verfassungsrechtlich bedenklich hält, und Steuerwald, S. 162 f.

11) BVerfG 1,332 (347; für Strafprozeß in der DDR); Röhl, NJW 1953,1531 (1533); Kenneweg, S. 125; Behrendt, S. 35; Rumpel, S. 77.

12) Kurth, S. 125; Nikisch, § 60 III 3; Rumpel, S. 100; Rosenberg, 9. Aufl., § 71 II 3 a; Geimer, NJW 1974, 1630; Pentz, JR 1967, 85 (87); J. Bernhardt, S. 70 f.; OLG Kassel, NJW 1947/8, 555; KG, DRZ 1946, 193; OLG Nürnberg, MDR 1957, 45; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 212.

13) OLG Frankfurt, NJW 1947/8, 105 (106); Kurth, S. 125; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4 A.

4. Folgen unterbliebener Benachrichtigung

Bei der Ersatzzustellung und der öffentlichen Zustellung muß eine Partei, die von ihr nicht oder nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt hat, dennoch ihren Standpunkt im Verfahren noch zur Geltung bringen können.

a) Wiedereinsetzung

In der Regel wird der unbenachrichtigt Gebliebene eine Frist versäumt haben: Gegen ihn ergeht Versäumnisurteil,¹⁴ die Einspruchsfrist ist verstrichen. Für diesen Fall bilden die Wiedereinsetzungsvorschriften das notwendige Korrektiv zum Zustellungsrecht: Weil es möglich ist, daß nach - wirksamer - Ersatzzustellung der Zustellungsadressat tatsächlich keine Kenntnis vom Verfahren hat, muß ihm Wiedereinsetzung gewährt werden, damit er sich das Gehör verschaffen kann.¹⁵ Dieser Gesichtspunkt darf bei der Prüfung der Frage des fehlenden Verschuldens (§ 233 ZPO) nicht unberücksichtigt bleiben.

Das BVerfG hat diesen Gesichtspunkt in die Formel gefaßt, bei der Prüfung der Verschuldensfrage dürften Bedeutung und Tragweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht verkannt und die Anforderungen an das, was zur Wahrnehmung dieses Anspruchs getan werden müsse, nicht überspannt werden. Insbesondere sei ein Urlaub von üblicher Dauer eine hinreichende Entschuldigung dafür, daß ein auf der Post niedergelegtes Schriftstück dort nicht abgeholt worden sei. Besondere Vorkehrungen, um von möglichen Zustellungen sofort Kenntnis zu erhalten, brauche der Bürger nicht zu treffen.¹⁶ Ob der Urlaub, dessentwegen nicht abgeholt wurde, in die allgemeine Ferienzeit fällt oder nicht, spielt keine Rolle.¹⁷ Auch genügt bei diesem typischen Verhinderungsgrund für die Glaubhaftmachung (§ 236 II ZPO) die schlichte Erklärung des Beteiligten, wie sich die Sache verhalten habe. Ein Gericht, das eine solche Erklärung nicht gelten läßt, überspannt die Anforderungen an den, der sein Gehörsrecht wahrnehmen will.¹⁸ Überspannt sind die Anforderungen an das, was man zur Erlangung des rechtlichen

14) Da regelmäßig bereits in der Klageschrift der Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils im schriftlichen Vorverfahren (§ 331 III ZPO) gestellt wird, ist dieses Versäumnisurteil der häufigste Fall, wenn eine Klageschrift den Adressaten tatsächlich nicht oder erheblich verzögert erreicht.

15) BayVerfGH, NJW 1982, 2660 (2661).

16) BVerfG 25, 158 (165 f.); 26, 315 (318); 34, 154 (156); 35, 296 (298); 37, 100 (102); 38, 35 (38); 40, 42 (44); 40, 88 (91) und 95 (99); Kissel, § 16 GVG Rdnr. 77 (mit anderer Begründung); E. Schneider, MDR 1979, 617 (619); Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 83. Das gilt entgegen FG Köln, NJW 1983, 1576 selbstverständlich auch im finanzgerichtlichen Verfahren; auch Steuerpflichtige sind nur Menschen.

17) BVerfG 41, 332.

18) BVerfG 37, 93 (98).

Gehörs tun muß, auch dann, wenn ein Wiedereinsetzungsgesuch mit der Begründung abgelehnt wird, an dem Tag, an dem die Sendung von der Post abgeholt wurde, habe man die abgelaufen geglaubte Frist noch wahren können,¹⁹ obwohl dies dem Beteiligten unbekannt war.²⁰

b) Wiederaufnahme des Verfahrens

Besonders bei der öffentlichen Zustellung, aber auch bei der Ersatzzustellung an einen Hausgenossen, der das Schriftstück bewußt unterschlägt,²¹ kann es vorkommen, daß eine an sich mögliche Wiedereinsetzung daran scheitert, daß die Frist des § 234 III ZPO abgelaufen ist, wenn der Adressat von der erfolgten Zustellung Kenntnis erhält. Bei der ordnungsgemäßen öffentlichen Zustellung ist dies kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör. Eine öffentliche Zustellung ist aber auch dann wirksam, wenn ihre Bewilligung fehlerhaft oder gar erschlichen ist.²² Hier hat der Zustellungsadressat kein Gehör erhalten, ohne daß die Ursache in seiner Sphäre liegen würde. Ein Wiederaufnahmegrund ist hier von der ZPO nicht vorgesehen; indessen fordert die Bedeutung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs die entsprechende Anwendung des § 579 I Nr. 4 ZPO: Wenn schon die unvorschriftsmäßig vertretene Partei die Nichtigkeitsklage erheben kann, dann muß dies erst recht diejenige können, die für eine Vertretung überhaupt nicht sorgen konnte, da ihr öffentlich zugestellt wurde, ohne daß die Voraussetzungen dafür vorlagen.²³ Nicht anders kann die Frage beurteilt werden, wenn man unverschuldet von einer ordnungsgemäßen Zustellung keine Kenntnis erlangt.²⁴

19) Grund: § 222 II ZPO.

20) Seuffert, abweichende Meinung, BVerfG 31, 388 (391); a. A. aber BVerfG 31, 388 (390).

21) Fall des OLG Hamm, MDR 1979, 766.

22) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 75 III 4 b.

23) Die Frage ist sehr umstritten. Wie hier entscheiden Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 47; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (370); Braun, NJW 1981, 425; Löwe, S. 477; a. A. A. Blomeyer, ZPR, § 16 III 2; Henckel, ZJP 77, 321 (370); W. Bernhardt, § 23 IV; Schwartz, S. 67; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1034): die Abwägung mit den Interessen des Gegners ergebe, daß diesen das Übergewicht zukomme; ablehnend auch OLG Frankfurt, FamRZ 1956, 385 (387); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 161 I 1 b. Durchaus richtig ist es, daß die hier vertretene Meinung auf eine Überprüfung des Bewilligungsbeschlusses hinausläuft. Gerade dies ist aber durch das rechtliche Gehör geboten.

24) OLG Hamm, MDR 1979, 766 und FamRZ 1981, 205; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 161 I 1 b.

Der hier vorliegende Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zeigt, daß dem rechtlichen Gehör auch andere Grundsätze von Verfassungsrang weichen müssen. Den Erfolg, der Rechtssicherheit den Vorrang zu geben, erreicht auch die hier abgelehnte Meinung nicht. Würde man hier die Wiederaufnahmeklage verweigern, so wäre nämlich die nicht gehörte Partei auf die Verfassungsbeschwerde verwiesen.²⁵

Einer Zulassung der Nichtigkeitsklage entspricht es auch, wenn nach Art. 3 Ziff. 3 der SchutzVO i. d. F. vom 4. 12. 1943 (RGBl. 1943 I 1659) die Nichtigkeitsklage stattfand, wenn die Partei infolge Kriegsgeschehens ohne ausreichendes rechtliches Gehör geblieben war.²⁶

II. Mitteilung von Äußerungen anderer Beteiligten

1. Pflicht zur Mitteilung

Das Recht auf Orientierung erschöpft sich aber nicht in der Benachrichtigung von der Anhängigkeit eines Verfahrens. Vielmehr müssen auch alle Äußerungen der anderen am Verfahren Beteiligten mitgeteilt werden; deren Kenntnis ist Voraussetzung für die Wahrnehmung des Rechts, sich dazu zu äußern.²⁷ Diese Information der Beteiligten über den Prozeßstoff ist Sache des Gerichts. Die Parteien trifft keine Nachforschungspflicht, ob sich der Gegner geäußert hat, und ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör kann nicht mit der Erwägung verneint werden, der Beteiligte hätte auf Anfrage bei Gericht Kenntnis von eingereichten Schriftsätzen oder gestellten Anträgen erhalten können,²⁸ zumal dann

25) Zu der Forderung, daß durch Auslegung des Verfahrensrechts eine Verfassungsbeschwerde möglichst vermieden werden sollte, s. u. § 20.

26) Vgl. dazu Röhl, NJW 1958, 1268 (1272) und BGH, LM SchutzVO Nr. 4.

27) BVerfG 4, 190 (192); 7, 109 (110) und 275; 9, 123 und 261 (266); 11, 29 (30); 14, 54 (56); 15, 43 (46); 17, 188 (190) und 197 (198); 17, 262 (264) und 265 (268); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (365); Hamann, AnwBl. 1958, 141 (147); Ule, DVBl. 1959, 537 (541); Pentz, JR 1965, 85 (87); Röhl, NJW 1953, 1531 (1533), 1958, 1268 (1271) und 1964, 273 (274); Rüping, S. 173; Ule, VwPR, § 30 I; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 92; Paulus, KMR, § 308 StPO Rdnr. 1, 7; Giese-Schunck, Art. 103 Anm. II 1; BFH 67, 470 (472); irrig Scheld, Rpfleger 1974, 212 (214), der meint, die Mitteilung einer Beschwerdebegründung könne unterbleiben, wenn die Einlegung der Beschwerde mitgeteilt worden sei, weil der Gegner die Möglichkeit habe, die Akten einzusehen.

28) BVerfG 17, 194 (197); 18, 147 (150); Kleinknecht-Meyer, Einl. Rdnr. 31; Kenneweg, S. 90 f.; Behrendt, S. 28; v. Münch-Rauball, Art. 103 Rdnr. 6; Wiczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV h 3; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 23; Rumpel, S. 22; a. A. BayVerfGH 16, 1 (6), wo von der Partei verlangt wird, von sich aus nachzuforschen, wie ihr Fristgesuch behandelt wurde, das der Vorsitzende zu Unrecht für nicht mehr berücksichtigungsfähig gehalten wurde.

nicht, wenn er mit neuem Vorbringen nicht zu rechnen brauchte.²⁹

2. Form der Mitteilung

Eine besondere Form für die Mitteilung gegnerischer Äußerungen schreibt § 270 II 1 ZPO nicht vor. Das BVerfG³⁰ hat jedoch gefordert, das Gericht müsse sich vor Erlaß der Entscheidung überzeugen, daß den Beteiligten rechtliches Gehör gewährt worden sei. Das müsse entweder durch Zustellung geschehen; wenn eine solche nicht erfolge, müsse auf andere Weise sichergestellt sein, daß das Schriftstück nicht auf der Post verlorengegangen sei.

Diese Auffassung ist mehrfach angegriffen worden. So wird gesagt, daß § 270 II 2 ZPO von der Wirksamkeit einer formlosen Übermittlung ausdrücklich ausgehe, aber der Partei die Möglichkeit gebe, den Zugangsmangel zu rügen,³¹ ferner, daß die formlose Mitteilung wegen der außerordentlich geringen Zahl auf der Post verlorengehender Sendungen eine bessere Gewähr für die Unterrichtung des Empfängers gebe als die förmliche Zustellung,³² schließlich, weil Mittel und Wege der Gehörsgewährung dem Gericht überlassen seien.³³

Diese kritischen Stimmen sind nicht ohne Berechtigung. Das BVerfG unterliegt in seiner Entscheidung der Illusion, ein Gericht könne sich davon überzeugen, daß rechtliches Gehör tatsächlich gewährt worden sei, was aber voraussetzt, daß der Adressat tatsächlich in den Stand gesetzt wurde, von dem zuzustellenden Schriftstück Kenntnis zu nehmen.

Wird zugestellt, so weiß das Gericht, daß das Schriftstück nicht verlorengegangen ist, das bedeutet aber bei Ersatzzustellung nicht notwendig tatsächliche Kenntnis des Adressaten: Es kann der Benachrichtigungszettel verlorengegangen und das Schriftstück deshalb nicht auf der Post abgeholt worden sein, der Hausgenosse, an den zugestellt wurde, kann die Weitergabe versäumen. Auch andere Wege bieten keine volle Sicherheit für die Gewährung rechtlichen Gehörs: Einschreibesendungen können - wie gewöhnliche Sendungen - auf der Post verlorengehen; auch Einschreiben mit Rückschein und selbst - wenngleich hier zu Unrecht - Einschreiben eigenhändig mit Rückschein werden nicht selten auch anderen Personen als dem Empfänger übergeben.

29) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 64.

30) BVerfG 36, 85 (88); zustimmend Kopp, AöR 106, 604 (628); Jauernig, § 29 II; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § (5 IV 2; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 d; Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. I I.

31) Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 573 Anm. IV 5; Scheld, Rpfleger 1974, 212 (213).

Wenn aber alle diese Wege keine volle Sicherheit für die Gewährung rechtlichen Gehörs bieten, dann sind sie unter diesem Gesichtspunkt gleichwertig, und es spricht viel dafür, der formlosen Übersendung (auch bei Privaten zweckmäßig gegen Empfangsbekanntnis) den Vorzug vor förmlicher Zustellung zu geben, wenn keine Frist in Lauf gesetzt wird. Dieser Weg erspart den Parteien Kosten, und die Gefahr einer Verkürzung des rechtlichen Gehörs ist nicht größer als bei förmlicher Zustellung.

III. Das Recht auf Akteneinsicht

Neben das Recht auf Benachrichtigung vom Verfahren und der Mitteilung der Äußerungen anderer Verfahrensbeteiligter, die sich im wesentlichen als eine entsprechende Pflicht des Gerichts darstellen, dient der Orientierung auch das Recht der Partei, die Prozeßakten einzusehen. Sie enthalten zumeist alles, was für die Entscheidung des Gerichts wesentlich ist, und die Einsicht in sie bildet so die beste und wirksamste Kontrolle für den Beteiligten, daß das Gericht nicht mehr weiß als er selbst. Das Recht der Akteneinsicht (§ 299 ZPO) gehört daher zum Recht auf Orientierung; die Verletzung dieses Rechts, sich über den Prozeßstoff zu informieren, verletzt die Partei in ihrem Recht auf Gehör.³⁴ Die Äußerungsmöglichkeit nutzt nämlich nichts, wenn man sich nicht auf die Auseinandersetzung vor Gericht vorbereiten kann.

Die Einsicht in Aktenteile darf auch nicht mit der Begründung verweigert werden, die Beakten seien für das Verfahren ohne Interesse,³⁵ ebenso wenig, weil es auf vorgelegte Akten nicht mehr ankomme;³⁶ über den Beweiswert vorgelegter Akten kann sich das Gericht erst dann ein abschließendes Urteil bilden, wenn sich die Parteien dazu geäußert haben. Wenn eine übersendende Behörde darum bittet, Akten den Parteien nicht zugänglich zu machen, dürfen sie der Entscheidung nicht zugrundegelegt werden.³⁷ Eine Ausnahme gilt nur für die

32) Scheld, Rpfleger 1974, 212 (214); kritisch zur Effizienz der öffentlichen Zustellung auch Hohmann, S. 183.

33) Schwartz, S. 83.

34) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 63; Röhl, NJW 1958, 1268 (1274); Kurth, S. 149; Keidel, S. 40; Jünemann, S. 33; Bauer, S. 94 (mit Begründung aus der Effektivität des Rechtsschutzes); Kenneweg, S. 105; Lorenz, S. 231; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 166; Guldener, ZPR, S. 178; BVerfG 18, 399 (405); BayObLG 56, 114 (116); a.A. Jacobi, S. 103; RFH 41, 335 (337)® offengelassen von BVerfG, NJW 1983, 1043.

35) BDiszH 3, 100 (105).

"internen" Akten des Gerichts, Entwürfe zu Entscheidungen, Notizen über Stellungnahmen einzelner Mitglieder von Kollegialgerichten (§ 299 III ZPO). Hier rechtfertigt sich der Ausschluß des Einsichtsrechts damit, daß es sich dabei nicht um Streitstoff handelt, der der Entscheidung zugrundeliegen könnte.

Effektive Gewährung des Rechts auf Orientierung kann es auch erfordern, der weit vom Gerichtsort entfernt wohnenden Partei die Akten zur Einsicht auf der Geschäftsstelle des nächstgelegenen Amtsgerichts zu versenden.³⁸ Diese Gelegenheit muß die Partei aber nutzen; einen Anspruch darauf, daß der die Partei vertretende Rechtsanwalt die Akten in seine Kanzlei mitnehmen darf, ist dem Recht auf Orientierung nicht zu entnehmen.³⁹

36) BVerwG 13, 187 (190); Kenneweg, S. 105.

37) BGH, NJW 1952, 305; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 299 Anm. 3.

38) BVerwG 2, 343; OLG Stuttgart, MDR 1958, 43; H. Schneider, ZZP 74, 288; wohl auch BSG, MDR 1977, 1051 und BFH, NJW 1968, 864; a. A. Sydow-Busch, § 299 Anm. 4; BGH, NJW 1961, 559 und MDR 1973, 580; OLG Colmar, RsprOLG 25, 96; OLG Darmstadt, JW 1934, 569 mit abl. Anm. von Carl.

39) BayVerfGH 33, 140 (143); BayVGH, AnwBl. 1967, 158 und BayVB1. 1982, 508; BGH, MDR 1973, 580; OLG Stuttgart, MDR 1958, 43; BSG, MDR 1977, 1051; BFH, NJW 1968, 864; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, 19. Aufl., § 299 Anm. II; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 299 Anm. B I; Kurth, S. 150; für das schweizerische Recht Reinhardt, S. 200; großzügiger LAG Hamm, NJW 1974, 1920.

§ 7. Das Recht auf Äußerung

I. Inhalt des Äußerungsrechts

Die augenfälligste Ausprägung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs ist das Recht auf Äußerung; ihm entspricht als wichtigste Pflicht des Gerichts die des Zuhörens: Ohne echtes Zuhörenkönnen ist Richten sinnlos.¹

Dennoch ist mit der Aussage, den Beteiligten stehe kraft des rechtlichen Gehörs das Recht zu, sich vor Erlass der Entscheidung zu äußern,² nicht viel gewonnen. Das Äußerungsrecht ist vielmehr in seine aggressive und seine defensive Komponente aufzuspalten. Die aggressive Komponente beinhaltet das Recht, vor Gericht Anträge zu stellen und Ausführungen zu machen.³

Zu der Ansicht Pragers, die Anträge seien nicht Gegenstand des rechtlichen Gehörs, weil die Pflicht zu ihrer Entgegennahme "vor" der Gewährung liege und sich aus dem Justizgewährungsanspruch ergebe,⁴ ist schon in anderem Zusammenhang Stellung genommen worden.⁵

Daneben hat aber der Beteiligte rechtliches Gehör zu dem gesamten - vom Gericht oder anderen Beteiligten ins Verfahren eingebrachten - Sachverhalt, also zu allen Entscheidungsgrundlagen.⁶ Dies ist die defensive Komponente des Rechts auf Äußerung.

1) F. Werner, S. 8.

2) BayVerfGH 6, 136 (142); 3, 84 (89); 24, 115; Röhl, NJW 1953, 1531 (1532); Wenger, S. 184; Beling, S. 35; Hellwig, S. 407 f.; für das schweizerische Recht: Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 115.

3) BVerfG 6, 19 (20); 15, 303 (307); 28, 378 (384); 36, 85 (87); Rpfleger 1983, 76; BayObLG 1956, 114 (116), 1957, 58 und NJW 1960, 43 (44); BVerwG, NJW 1979, 1315; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; Baur, AcP 153, 393 (403, 410); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 30; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1021); Kurth, S. 96 ff.; Helmke, S. 198; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (147 f.); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Schultz, MDR 1959, 174 (175); Reichel, S. 79; Seidel, S. 12; Reiner, S. 88 f.; Dahs, S. 13; Keidel, S. 41; Kollhosser, S. 84; Jünemann, S. 39; Rausche, S. 27; Röhl, NJW 1953, 1531 (1533) und 1958, 1268 (1269); Hegler, S. 40 (Fn. 91); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 8; Grünewald, S. 50 f.; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (850); Grandenrath, MDR 1972, 828 (831); Vollkommer, Gedächtnisschrift für Bruns, S. 195 (200); kritisch zu dieser Formel Kopp, AöR 106, 604 (606).

4) AcP 133, 143 (164).

5) S. o. § 4 II 3.

Diese Formel verwendet nunmehr auch das BVerfG, nachdem es die darin zum Ausdruck kommende Aussage in einer Vielzahl von Entscheidungen negativ dahin formuliert hatte, Art. 103 I GG verlange, daß einergerichtlichen Entscheidung nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrundegelegt werden dürfen, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten.⁷

"Zugrundegelegt" in diesem Sinne sind einer Entscheidung auch solche Äußerungen des Gegners, die das Gericht versehentlich nicht mitgeteilt hat und die zwar nicht als erwiesen angesehen werden, aber hinsichtlich der mit ihnen behaupteten Tatsachen dem Beteiligten gegenüber ein nachteiliger Schluß daraus gezogen wird, daß er sich nicht dazu geäußert habe.⁸

Hieraus ergibt sich, daß Schriftsätze, die nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingehen, der Entscheidung nicht zugrundegelegt werden dürfen, wenn sie der Partei nicht ausdrücklich vorbehalten worden waren.⁹ Von diesem Grundsatz

6) BVerfG 1, 418 (429); 7, 53 (57); 25, 137 (140); 46, 185 (186); 58, 208 (222); 59, 330 (333); 60, 1 (5), 96 (99) und 175 (210); NJW 1982, 2234; BayVerfGH 14, 47; 15, 38 (39); 9, 123 (126); 10, 1 (3); 11, 190 (194); 12, 64 (69); BVerwG 18, 315; BGH 48, 327 (329); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1022); Henckel, ZZP 77, 321 (326); Eyermann-Fröhler, § 138 VwGO Rdnr. 4; Schönke-Kuchinke, § 8 III 3; Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A I 1; W. Bernhardt, § 23 IV; Zeiss, § 32 II; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 2 a; Seetzen, NJW 1982, 2337; Nikisch, § 77 II 2; Steinwedel, S. 180; Pfeiffer, S. 214; Röhl, NJW 1958, 1268 (1269); Pentz, DRiZ 1966, 400 (401); Laufs, JR 1967, 180; v. Münch-Rauball, Art. 103 Anm. 4; Dapprich, S. 50; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (850); Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 b.

7) BVerfG 6, 12 (14); 7, 239 und 275; 7, 340; 8, 184 und 208; 9, 120 und 261 (267); 9, 303; 10, 177 (182) und 274 (281); 15, 214 (218); 16, 283 (285); 17, 86 (95) und 139 (143); 17, 194 (196); 18, 49 (51), 147 (150), 399 (404) und 419 (422); 19, 142 (144); 20, 280 (282) und 347 (349); 24, 56 (61); 25, 40 (43); 29, 340 (344); 29, 345 (347); 32, 195 (198); 34, 1 (7); 36, 92 (97); 42, 364 (369); 46, 72 ; 50, 280 (284); 55, 95 (98); BVerfG, NJW 1983, 1043.

8) BayVerfGH 13, 191 (192); Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 29.

9) Für alle Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 133 Anm. 2 B; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 81 IV 4 b. Mißverständlich ist es, wenn gesagt wird, die Möglichkeit nachgereichter Schriftsätze sei durch das rechtliche Gehör geboten (so A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 5). Es handelt sich vielmehr um eine das Äußerungsrecht des Gegners in bedenklicher Weise berührende Einrichtung, die nur für eine genau und eng beschriebene Äußerung in Betracht kommen kann. Enthält ein vorbehaltener Schriftsatz andere als die der Partei gestatteten Ausführungen, so kommt eine Verwertung nur nach vorherigem Gehör des Gegners, also nach Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung in Frage (Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 81 IV 4 a; BGH, FamRZ 1979, 574).

gibt es keine Ausnahme. Insbesondere ist die Verwertung auch dann nicht möglich, wenn der Schriftsatz nur eine Zusammenfassung bereits vorgebrachter Tatsachen enthält.¹⁰ Entweder ist diese Zusammenfassung nämlich unerheblich, dann kann ihre Verwertung unterbleiben, oder sie enthält Neues, dann muß dem Gegner Gehör dazu gewährt werden.

Die genannte Formel des BVerfG, die sich schon in der vorkonstitutionellen Rechtsprechung¹¹ findet, haben der BayVerfGH¹² und andere Gerichte aufgegriffen;¹³ auch die Literatur¹⁴ verwendet ihn, um das sich aus dem rechtlichen Gehör ergebende Äußerungsrecht zu charakterisieren.

10) A. A. Walchshöfer, NJW 1972, 1028 (1029) mit weiteren Nachw.

11) ProVG 25, 101 (104); KG, JW 1931, 3565.

12) BayVerfGH 10, 1 (3); 11, 190 (194); 13, 24 (25) und 191; 14, 47; 15, 5 (7); 15, 38 (39); 16, 10 (11); 17, 13 (15); 17, 44; 17, 72; 19, 21 (23) und 30 (31); 23, 143 (147); 24, 178 (179 f.); 24, 198; 27, 35 (41) und 87 (89); 28, 70 (72) und 195 (197); 29, 219 (220); 31, 238 (240); 32, 71 (73), 104 (105) und 116 (117); 33, 103 (104) und 165; BayVerfGH, BayVBl. 1981, 529.

13) BVerwG 2, 343 und 43, 38 (40); BVerwG, NJW 1983, 695; BSG 7, 209 (211); BFH 91, 338; 100, 351 (352); 101, 49 (53); 102, 207 (212); BayObLG 1958, 74 (75); 1970, 85 (87); 1971, 217 (220); BayObLG, NJW 1953, 1928 und 1960, 43 (44); OLG Köln, JR 1959, 392; OLG Frankfurt, NJW 1962, 449 (450); KG, OLGZ 1966, 90 (95) und 1969, 88 (90).

14) Arens, Rdnr. 36; Baur, ZPR Rdnr. 52; Jauernig, § 29 II; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4 A; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 b; Kissel, Einl. Rdnr. 165; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 29; Aumüller, S. 22; J. Brüggemann, S. 154; Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 90 Rdnr. 66; de Boor-Erkell, S. 70; Hartel, S. 78; Gottwald, Revisionsinstanz, S. 205; Helmke, S. 184; Grunsky, § 25 III 1; Hesse, § 14 III 2 d; Jünemann, S. 50; Kurth, S. 104, 110 f., 131; Koeniger, S. 242; Rausche, S. 26; Seidel, S. 12; Schwartz, S. 18; Rüping, S. 172, 198; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 88; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 72; Rumpel, S. 21; Jacobi, S. 95; Roxin, § 18 B I; Leonhard, Rpfleger 1964, 37; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368); Baur, AcP 153, 393 (403); A. Arndt, NJW 1959, 6; Deubner, NJW 1980, 263; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (143); Jagusch, NJW 1959, 265 (266); Waechter, Betrieb 1971, 289; Lesser, DRiZ 1960, 420 (421); Röhl, NJW 1953, 1531 (1534), 1958, 1268 (1274) und 1964, 273 (274); v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (850); E. Schneider, MDR 1979, 617 (618); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 3; Pfeiffer, KK, Einl. Rdnr. 14; Nawiaskey-Leusser-Schweiger-Zacher, Art. 91 BV Rdnr. 3; für das schweizerische Recht Reinhardt, S. 201; für das österreichische Recht Holzhammer, S. 133; für die EMRK Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 29; kritisch zu dieser Formel Kollhosser, S. 84.

Die vereinzelt gebliebene Gegenmeinung¹⁵ entnimmt dem rechtlichen Gehör demgegenüber nur die Forderung, daß der Beteiligte überhaupt Gelegenheit gehabt habe, sich zu äußern; das genüge auch dann, wenn im Lauf des Verfahrens neue Tatsachen bekannt würden. Das wäre freilich ein Rückschritt selbst hinter den Rechtsstand nach der Gerichtsordnung für Ober- und Niederbayern von 1520, in der der Partei für faktische Behauptungen bis zu drei Schriftsätze zur Verfügung standen.¹⁶ Diese Ansicht wird daher heute mit Recht nicht mehr vertreten.

Allerdings vermag die negative Formulierung den Inhalt des Anspruchs nicht voll auszuschöpfen. Die Zugrundelegung von Tatsachen und Beweisergebnissen, zu denen keine Äußerungsmöglichkeit gewährt wurde, ist bereits ein Indiz für die erfolgte Verletzung; daraus, daß dies unterlassen wurde, ergibt sich noch nicht, daß ausreichend Gehör gewährt worden ist.¹⁷

Besser gerecht wird den beiden Komponenten des Anspruchs, der aggressiven wie der defensiven, daher die Formulierung, das rechtliche Gehör fordere, die Möglichkeit zu haben, mit Angriff und Verteidigung gehört zu werden und zu hören, was der Gegner vorträgt.¹⁸

Diese Äußerungsmöglichkeit ist der ursprüngliche Inhalt des Grundsatzes vom rechtlichen Gehör; die Pflicht des Gerichts zur Berücksichtigung des Geäußerten erst eine Folge hiervon.¹⁹ Verkürzungen der Äußerungsmöglichkeit sind im Zivilprozeß vergleichsweise selten, er ist so angelegt, daß normalerweise ausreichend Äußerungsmöglichkeiten bestehen. Weitaus häufiger sind dagegen Verstöße gegen die Berücksichtigungspflicht.

15) KG, Z郑 13, 394 (402); K. Peters, JZ 1958, 435; ähnlich Schütz, NJW 1961, 582 (586).

16) Nach Graf, S. 13.

17) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 30; Behrendt, S. 20; Baur, AcP 153, 393 (409 f.); Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1022); Ortlieb, S. 18; Rausche, S. 59; Keidel, S. 39; Jansen, S. 17 f.

18) Dyroff, Art. 21 Anm. 11 VIII; Jacobi, S. 3; ähnlich Hamann, Art. 103 Anm. B I b; Mes, S. 71; Forsthoff, § 12, 2 c; Behrendt, S. 19 f.; Jünemann, S. 26; Ule, DVBl. 1959, 537 (541) und VwPR, § 30 I.

19) S. dazu u. § 8.

II. Umfang des Äußerungsrechts

Das im letzten Abschnitt umrissene Recht auf Äußerung bedarf noch der näheren Konkretisierung nach seinem Gegenstand. Hier ist zunächst zu klären, wozu sich die Beteiligten äußern dürfen, sodann, welcher Inhalt ihrer Äußerung garantiert ist.

1. Potentiell Erhebliches als Gegenstand des Gehörs

Alle Ausführungen der Beteiligten müssen einen bestimmten Zusammenhang mit dem Verfahren haben. Der Gehörsanspruch verleiht den Beteiligten nicht das Recht, ihr Herz auszuschütten.²⁰

Die abstrakte Umschreibung des vom Gehörsanspruch garantierten Bereichs bereitet aber gewisse Schwierigkeiten. Zu eng ist es jedenfalls, wenn gesagt wird, es komme nur darauf an, was nach Auffassung des Gerichts wesentlich ist, und rechtliches Gehör abgelehnt wird für Ausführungen, "die nicht zur Sache gehören und auf die es bei richtiger rechtlicher Beurteilung nicht ankommt",²¹ ebenso die Begrenzung auf das (tatsächlich) sacherhebliche Vorbringen, denn der Prozeß entwickelt sich, und man kann zu Beginn noch nicht absehen, was entscheidungserheblich sein wird. Zu weit ist es auf der anderen Seite, wenn man den Anspruch auf Gehör alles Vorbringen umfassen läßt, das nach der subjektiven Auffassung der Parteien für die Entscheidung erheblich ist.²² Denn entweder verliert der Anspruch dadurch jede im Interesse eines wirksamen Rechtsschutzes für alle Beteiligten erforderliche Grenze oder man muß zu so unscharfen Abgrenzungen greifen wie der "Weitschweifigkeit", "offensichtlichen Abwegigkeit" oder des "Mißbrauchs prozessualer Befugnisse".²³

Richtig dürfte es deswegen sein, das Vorbringen als durch folgende beiden Schranken begrenzt anzusehen: Alles von den Parteien Vorgetragene muß zum Streitgegenstand in Beziehung stehen. Nur über ihn sollen sich die Parteien

20) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 41, 43; Tinner, Ztschr. f. schweiz. R. 83/2, 295 (344); Trocker, ZJP 91, 237 (261).

21) So aber BVerwG, DVBl. 1956, 834; Kenneweg, S. 92. Ablehnend auch Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 43.

22) So aber Rüping, S. 162; Jünemann, S. 40; Rumpel, S. 23.

23) So Rüping, S. 162.

erklären können.²⁴ Zum anderen muß alles Vorgetragene nach dem jeweiligen Streitstand bei objektiver Betrachtung potentiell sacherheblich sein, also die Entscheidungsreife fördern.²⁵ Nur solches Vorbringen dürfen die Parteien vernünftigerweise für wesentlich halten.

Von diesem Ausgangspunkt aus begegnet es auch keinen Bedenken, daß Querulanten unbeschränkten Anspruch auf rechtliches Gehör haben. Ihr Vorbringen kann nur deshalb häufig unbeachtet bleiben, weil es nicht einmal potentiell sacherheblich ist.

Was erheblich in dem beschriebenen Sinne ist, hängt nicht nur vom materiellen, sondern auch vom Prozeßrecht ab. Kein rechtliches Gehör hat man mit Begründungen, die in einen anderen Rechtsweg oder vor ein anderes Gericht gehören. Ebensovienig kann man verlangen, vor einem Vorbehaltsurteil (§ 302 ZPO) oder im Urkunden-, Wechsel- oder Scheckprozeß mit dem zu Wort zu kommen, was ins Nachverfahren (§§ 598, 600 ZPO) gehört.²⁶ Ähnlich ist es, wenn nach §§ 146, 280 ZPO die abgesonderte Verhandlung über bestimmte Streitpunkte angeordnet ist.²⁷

2. Gehör in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht

Unbestritten ist das Recht des Beteiligten, zum Gegenstand des Verfahrens in tatsächlicher Hinsicht Stellung zu nehmen. Darin erschöpft sich das Äußerungsrecht aber nicht. Neben dem Aufstellen von Tatsachenbehauptungen müssen die Beteiligten auch das Recht haben, Rechtsausführungen zu machen und ihre Rechtsmeinung vorzutragen. Für die Subsumtion des Sachverhalts unter Rechtsnormen ergibt sich das schon daraus, daß andernfalls ein sinnvoller tatsächlicher Vortrag nicht möglich ist.²⁸ Aber auch für die "reinen", norminterpretatorischen Rechtsausführungen kann nichts anderes gelten.

24) Prager, AcP 133, 143 (164 f.); Kurth, S. 98; Ortlieb, S. 62; Dahs, S. 15.

25) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 41 ff.; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 13; Keidel, S. 49; Dahs, S. 16; Kurth, S. 102; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 204; für die EMRK: Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 28; ähnlich Seidel, S. 64; vgl. auch Eb. Schmidt, I Rdnr. 344 (Fn. 34).

26) BayVerfGH 31, 195 (197); a. A. Blomeyer, ZPR, § 16 III 1, der hier eine Ausnahme vom rechtlichen Gehör annimmt. Rumpel, S. 107 f. rechnet den Urkundenprozeß zu den einstweiligen Regelungen.

27) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c.

Es dürfte freilich etwas zu kurz geschlossen sein, dies aus der Bezeichnung des Grundrechts als "rechtliches Gehör" zu entnehmen.²⁹ "Rechtlich" steht, wie häufig, für "gerichtlich". Ebenso wie "Rechtshängigkeit" Gerichtshängigkeit, "Rechtsanwalt" Gerichtsanwalt und "Rechtsweg" Gerichtsweg bedeutet,^{29a} so bedeutet auch "rechtliches Gehör" soviel wie gerichtliches Gehör, ist also gleichbedeutend mit "Gehör vor Gericht", so daß das Adjektiv "rechtlich" in Art. 103 I GG auch weggelassen werden könnte, ohne daß dies irgendwelche Konsequenzen hätte.³⁰

Auch im Hinblick auf Rechtsfragen darf eine Partei nicht zum Objekt des Verfahrens gemacht werden, sondern muß die Möglichkeit aktiver Einflußnahme haben; die Beteiligten müssen in den Prozeß der Rechtsfindung einbezogen werden. Die unbestrittene Äußerungsmöglichkeit zu Tatfragen kann sich erst entfalten, wenn der maßgebliche rechtliche Gesichtspunkt mit einbezogen wird. Diese Ansicht ist heute nahezu Allgemeinut von Rechtsprechung³¹ und Literatur³² geworden und auch im ausländischen Recht³³ anerkannt.

28) Diese Erkenntnis liegt auch § 137 II ZPO zugrunde.

29) So A. Arndt, NJW 1959, 6 (7). Abweichend hiervon legt Hamann, Art. 103 Anm. B I b dem Wort "rechtlich" den Sinn bei, daß das Vorbringen dem betreffenden Verfahren adäquat sein müsse, also der Anspruch auf rechtliches Gehör dem Berechtigten nur das Recht gebe, erhebliche Ausführungen vorzubringen. Habscheid, ZZP 67, 188 (197) meint, daß das im Rahmen der Anhörung Vorgebrachte "rechtlich" - so, wie es das Gesetz erheischt" geprüft werden müsse.

29a) Vollkommer, Gedächtnisschrift für Bruns, S. 195 (202).

30) So auch Röhl, NJW 1959, 285; Reinhardt, S. 7.

31) BVerfG 9, 231 (236) und 261 (266); 55, 1 (6); 60, 175 (210); BVerwG, DVBl. 1956, 834; NJW 1961, 891 (892) und 1549; BayVerfGH 11, 190 (194); 13, 24 (25); 15, 38 (39); 17, 44; OLG Düsseldorf, NJW 1961, 1734 (1735); StGH Baden-Württemberg, JZ 1969, 514; BGH bei Dallinger, MDR 1957, 527; KG, OLGZ 1966, 90 (95); BGHSt. 13, 123 (124) und 22, 336 (339); OLG Celle, NJW 1963, 1320; BVerwG 21, 274 (276) und 36, 264 (267).

32) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 2; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 2 b; Schönke-Kuchinke, § 8 III 3; W. Bernhardt, § 23 IV; Zeiss, § 32 II; Jauernig, 19. Aufl., § 29 II; Grunsky, § 25 III 1; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 28, 33 ff.; Ule, VwPR, § 30 I; Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 90 Rdnr. 66; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 9; v. Mangoldt, Art. 103 Anm. 2; Eb. Schmidt, I Rdnr. 345; Tschira-Schmitt Glaeser, S. 290 f.; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 88; Hamann, Art. 103 Anm. B I b; Roxin, § 18 B I g; Kleinknecht-Meyer, Einl. Rdnr. 29; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 b; Rüping, S. 154 f.; Helmke, S. 186; Schwartz, S. 18 f.; Kurth, S. 105 ff.; Behrendt, S. 21; Appellhagen, S. 65; Ortlieb, S. 31, 51; Jünemann, S. 27 f.; Kolb, S. 52; Rausche, S. 30; Schorn, Menschenwürde, S. 73; de Boor-Erkell, S. 70; Keidel, S. 44; B. Werner, S. 69; Dahs, S. 17 ff.; Dahs-Dahs, Rdnr. 97; Kenneweg, S. 96; Pfeiffer, S. 214; J. Brüggemann, S. 154; Goeckel, S. 75; Hoegner, § 48, 2; Jansen, S. 26; Kollhossner, S. 86; Rumpel, S. 27 f.; Heinzmann, S. 56; Lorenz, S. 231; Seidel, S. 14; Henkel, S. 248; Pawlowski, ZZP 80, 345 (388); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (366); Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1024 f.); Kopp, AöR 106, 604 (622);

Dagegen wurde früher nicht selten,³⁴ heute freilich nur noch ausnahmsweise³⁵ die Meinung vertreten, das rechtliche Gehör beziehe sich nicht auf rechtliche Ausführungen. Man berief sich meist auf die Sätze "iura novit curia"³⁶ und "da mihi facta, dabo tibi ius". Indessen meinen diese Sätze lediglich, daß die Parteien nicht gezwungen sind, über Rechtsfragen zu streiten, nicht aber, daß sie das nicht dürfen; Freiheit in der Rechtsanwendung bedeutet nicht, daß den Parteien keine Einflußmöglichkeit darauf eingeräumt zu werden brauchte.³⁷

Zur Begründung für die Geltung des Gehörsanspruchs für Rechtsausführungen hat man insbesondere auf das Revisionsverfahren verwiesen, wo der Schwerpunkt der Verhandlung bei den Rechtsfragen liegt.³⁸ Aber auch sonst lassen sich im Prozeß der Rechtsfindung Tat- und Rechtsfragen nicht streng voneinander trennen. Die Rechtsansicht des Gerichts entscheidet nämlich darüber, welche Tatsachen erheblich sind und wozu der Beteiligte daher jedenfalls gehört werden muß.³⁹

A. Arndt, NJW 1959, 6 und 1297 (1298) sowie 1962, 25 (27); Röhl, NJW 1964, 273 (277); v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); Säcker, NJW 1970, 1666 (1667); R. Schneider, NJW 1977, 873; H. Müller, NJW 1953, 1659; Pentz, DRiZ 1966, 400 (401); Jagusch, NJW 1959, 265 (266) und 1962, 1645 (1647 f.); Lesser, DRiZ 1960, 420 (421); W. Wolf, JR 1965, 87 (90); Möhring-Nirk, 25 Jahre BGH, S. 305 (311); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 4.

33) Für die Schweiz: Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (343 f.); Reinhardt, S. 5, 207; Kummer, S. 74 f.; BG 28, 337 (341); für Österreich: Sprung-König, öJBl. 1976, I (5); Holzhammer, S. 133; für die EMRK: Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 30 und EKMR, NJW 1963, 2247 f. mit zust. Anm. von Wimmer.

34) Prager, AcP 133, 143 (169; relativierend aber 167, Fn. 54); Röhl, NJW 1953, 1531 (1533); Hamann, AnwBl. 1958, 141 (147); KG, NJW 1954, 1410; für das verwaltungsgerichtliche Verfahren: Klinger, § 108 VwGO Anm. C 1; Koehler, § 108 Anm. IV 3; Aumüller, S. 21; für das sozialgerichtliche Verfahren: Mellwitz, § 62 SGG Anm. 1; Dapprich, S. 50.

35) Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV d 1; für das verwaltungsgerichtliche Verfahren: Eyermann-Fröhler, § 108 Rdnr. 12; für das finanzgerichtliche Verfahren: Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 57; BFH 102, 202 (207).

36) Für das italienische Recht ist diese Auffassung offenbar herrschend, vgl. Trocker, S. 679 ff.

37) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 34.

38) Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 42; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 36; Seidel, S. 14; Tschira-Schmitt Glaeser, S. 290; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1025); A. Arndt, NJW 1959, 1297 (1298); A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 2 b; Müller, NJW 1953, 1659; BayVerfGH 11, 190 (194). Dieser Umstand hat die Gegner des Gehörs zum Rechtlichen veranlaßt, für das Revisionsverfahren eine Ausnahme zu machen (so Hamann, AnwBl. 1958, 141, 147). Es wäre aber offensichtlich sinnlos, das Gehör in den Tatsacheninstanzen zunächst zu versagen, in letzter Instanz aber zu gewähren (so auch Keidel, S. 45; Rumpel, S. 27).

39) Kopp, AöR 106, 604 (623); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 35; Keidel, S. 45.

Entscheidend dürfte aber der folgende Gesichtspunkt sein: Das Recht ist nichts Festes, das einfach auf einen Lebenssachverhalt mechanisch angewendet werden müßte; in diesem Fall gäbe es nämlich keine Streitfragen. Es wird vielmehr in einem topischen Verfahren⁴⁰ gestaltend gewonnen, in einem Prozeß, der von der Auseinandersetzung der Argumente, von Rede und Gegenrede geprägt ist. Der Vortrag von Rechtsausführungen dient nicht weniger als der von Tatsachen der Verwirklichung der Subjektstellung des Beteiligten im Verfahren. Daß er vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen muß, um Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können, gilt gleichermaßen für Rechts- als auch für Tatfragen: Wer ein Gericht anruft, hat sich regelmäßig eine bestimmte Rechtsansicht gebildet oder geht von einer solchen aus; diese Auffassung muß er dann auch vor Gericht verteidigen können.⁴¹

Die Frage, ob der Prozeßbeteiligte auch Gehör zum Rechtlichen finden muß, ist nicht neu. Schon Abschnitt VIII der Gerichtsordnung im Fürstentum Ober- und Niederbayern von 1520 räumte den Parteien das Recht ein, auch in rechtlicher Hinsicht Ausführungen zu machen.⁴² In der Literatur zum gemeinen Prozeßrecht wurde das Problem verschieden beurteilt. Während Wetzell⁴³ Gehör zu Rechtsfragen als "billig, aber niemals notwendig" bezeichnete, ging Bayer⁴⁴ davon aus, das Gehör beziehe sich auch auf rechtliche Ausführungen; mangelndes Gehör in diesem Punkt rechtfertige allerdings die Nullitätsklage nicht.

Daß das rechtliche Gehör zu Rechtsfragen heute zu den ausgetragenen Fragen des Grundsatzes gezählt werden darf, spiegelt einen gewissen Funktionswandel der Rechtsprechung wider. In dem gleichen Maße, wie sich der Richter nicht mehr dem Gesetz untergeordnet fühlt und seine Bindung hieran gelockert hat, ist das Gericht zu einem Ort der Rechtsfindung geworden, an dem man sich von bloßer Subsumtion weit entfernt hat. Die Gleichstellung von tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten beim Recht auf Äußerung hat freilich

40) Vgl. Zippelius, NJW 1967, 2229 (2232) und Lorenz, S. 232.

41) Keidel, S. 44; vgl. auch Kopp, AöR 106, 604 (624).

42) Graf, S. 13.

43) Wetzell, § 43, 2 (S. 523).

44) Bayer, S. 1094.

die weitere Frage entstehen lassen, ob (folgerichtig) rechtliche Erwägungen wie Tatsachen nur dann zur Grundlage der Entscheidung gemacht werden dürfen, wenn sich die Beteiligten dazu äußern konnten. Auf sie ist noch einzugehen.⁴⁵

III. Das Recht, Beweise anzubieten

1. Grundsatz

Zur aggressiven Komponente des Äußerungsrechts gehört nicht nur die Möglichkeit, Tatsachenbehauptungen aufzustellen, sondern auch, Beweise dafür anzubieten.⁴⁶ Die Aufstellung von Behauptungen allein bringt der Partei nämlich keinen Vorteil, wenn der Gegner sie bestreitet. Ohne das Beweisantragsrecht wäre das Äußerungsrecht sinn- und zwecklos.

Bedenklich unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs sind daher Normen, die unwiderlegliche Vermutungen für in Wirklichkeit widerlegliche Tatsachen aufstellen. Hier fordert das rechtliche Gehör, daß der Beweis des Gegenteils zulässig sein muß.⁴⁷ Im deutschen Zivilprozeßrecht hat diese Forderung keine Bedeutung, da es keine derartigen Normen enthält. Nicht hierher gehören Vermutungen des materiellen Rechts: Wenn § 1566 II BGB eine unwiderlegliche Vermutung für das Scheitern einer Ehe aufstellt, so beschreibt er ein Tatbestandsmerkmal der materiellen Norm des § 1565 I 1 BGB und steht somit außerhalb des Bereichs der durch das rechtliche Gehör garantierten Äußerungsmöglichkeit vor Gericht.

Während sich das Beweisantragsrecht als solches also aus der Natur des Gehörs ergibt, hat sich in der Frage, ob das rechtliche Gehör verletzt ist, wenn das

45) Vgl. zu dieser Frage u. § 9 III 3.

46) BayVerfGH 3, 84 (89); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1034 f.); Rüping, S. 152; Coing, S. 81; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 8; Hegler, S. 40 (Fn. 91); Seidel, S. 53; Aumüller, S. 20; A. Arndt, NJW 1959, 6 (Fn. 6); Prager, AcP 133, 143 (164); Jünemann, S. 39; Dahs, S. 13; Kurth, S. 103; Helmke, S. 198; Söllner, S. 76; Henkel, S. 249; Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 100; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 205; a. A. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 73; Kolb, S. 58; Jacobi, S. 97; BGH, NJW 1966, 549 = ZZZ 79, 451 mit abl. Anm. von Habscheid; BVerfG, 1 BvR 486/58, 14. 10. 1958, unveröffentlicht, mitgeteilt bei Arndt, aaO, die meinen, Art. 103 I GG habe im Beweisrecht keine Bedeutung.

47) Couture, ZZZ 67, 128 (149).

Gericht für erheblich gehaltene Beweismittel unberücksichtigt läßt, die ein Beteiligter angeboten hat, noch keine einheitliche Meinung gebildet.

Das wird mit der Argumentation bestritten, die gesetzliche Regelung des Beweisrechts sei von verfahrensrechtlichen, dem Verfassungsrecht fremden Gesichtspunkten wie der Prozeßökonomie abhängig.⁴⁸ Dieser Ausgangspunkt ist zweifellos richtig. Schon Niese⁴⁹ hat die Abwägung des Gesetzgebers, welcher Einfluß im Kampf um die Wahrheit den Prozeßsubjekten zukomme, als das Problem jeder Prozeßgesetzgebung bezeichnet. Das rechtliche Gehör schließt daher keineswegs prozessuale Vorschriften aus, die zur Ablehnung von Beweis- anträgen berechtigen. Aber diese Vorschriften stecken zugleich die Grenze ab, bis zu der Beweisangebote der Parteien nicht abgelehnt werden dürfen.

Das rechtliche Gehör besagt also nicht, daß man die Beweiserhebung durch ein bestimmtes Beweismittel beanspruchen könnte,⁵⁰ aber es verbietet die Ablehnung von Beweis- anträgen aus Gründen, die im Prozeßrecht keine Stütze finden.⁵¹

Solche Gründe sind etwa die Erwiesenheit der Tatsache (§§ 138 III, 288 I ZPO), wegen Offenkundigkeit der Tatsache (§ 291 ZPO), wegen des Bestehens einer gesetzlichen Vermutung (§ 292 ZPO), und, bei fremdem Recht, wegen richterlicher Kenntnis (§ 293 ZPO).

Hat der Beweisführer daher mehrere Zeugen für eine Behauptung angeboten, so kann das Gericht unter ihnen mangels einer gesetzlichen Grundlage hierfür keine Auswahl treffen; hält es daher die unter Beweis gestellte Tatsache

48) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 73; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Seidel, S. 53; Röhl, NJW 1953, 1531 (1534); Söllner, S. 76; BVerfG, 1 BvR 281/51, 10. 3. 1953, unveröffentlicht, mitgeteilt von Pfeiffer, S. 219; Schultz, MDR 1959, 175; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 224 f. und Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 115, 122 (S. 109 zur gegenteiligen Meinung des Zürcher Kassationsgerichts).

49) Niese, S. 47 f.

50) BVerfG 57, 250 (275 ff.) und NJW 1983, 1043; BayVerfGH 15, 5 (8); Hummel, S. 68; Hoegner, § 48, 2; Rumpel, S. 42; Pfeiffer, KK, Einl. Rdnr. 14.

51) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; Zeiss, § 32 II; Baur, ZPR, Rdnr. 52; A. Arndt, NJW 1959, 1297 (1298); Dahs-Dahs, Rdnr. 100; Gottwald, Revisionsinstanz, S. 151; Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60; BVerfG 53, 205 (206); 60, 247 (249) und 250 (252); BayVerfGH 29, 219; ebenso schon OAG Lübeck, SeuffArch. 22, 277; einschränkend Dahs, S. 14; vgl. für das schweizerische Recht Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (362).

nach der Vernehmung des einen Zeugen nicht für erwiesen, so muß es auch die anderen Zeugen noch vernehmen.⁵² Ebenso wenig kann ein Beweisantrag mit der Bemerkung abgelehnt werden, die unter Beweis gestellte Tatsache sei "unwahrscheinlich",⁵³ die Darstellung des Beweisführers "unglaublich",⁵⁴ der Richter sei bereits vom Gegenteil überzeugt,⁵⁵ ein Sachverständigenbeweis wegen eigener Sachkunde, deren Fehlen offen zutage liegt,⁵⁶ oder der Antrag auf persönliches Erscheinen des Sachverständigen, der sein Gutachten schriftlich erstattet hat (§ 411 III ZPO), wenn man andernfalls dem Gebot effektiver Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht gerecht werden kann.⁵⁷ Ein Berufungsgericht kann einen beantragten Zeugenbeweis nicht dadurch ersetzen, daß es eine frühere Aussage dieses Zeugen im Wege des Urkundenbeweises verwertet.⁵⁸ Will ein Berufungsgericht die persönliche Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder Sachverständigen anders beurteilen als das Erstgericht, so muß es ihn erneut vernehmen. Die herrschende Rechtsprechung, die hier zur Stattgabe eines entsprechenden Beweisantrags zwingt,⁵⁹ ist daher ein Gebot des rechtlichen Gehörs.

Unglücklich ist allerdings die Formulierung des BVerfG, es sei nicht möglich, einen als erheblich angesehenen Beweisantrag deshalb abzulehnen, weil die Erhebung des Beweises "höchst unökonomisch" wäre.⁶⁰ Das ist so allgemein sicher falsch, weil § 287 ZPO diese Ablehnung ausdrücklich gestattet und, soweit ich sehe, noch nie sub specie Art. 103 I GG für verfassungswidrig gehalten worden ist. Dennoch erweist sich die genannte Entscheidung des BVerfG im Ergebnis als richtig: § 287 ZPO gestattet nur die Schadensschätzung, wenn die haftungsbegründende Kausalität feststeht, die haftungsausfüllende aber bestritten

52) BVerfG 60, 250 (252).

53) Gamp, S. 42; BGH, DRiZ 1963, 28 (ohne Bezugnahme auf das rechtliche Gehör).

54) Zürcher Kassationsgericht, bei Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 110.

55) Goldschmidt, ZPR, § 44, 2 a B; RG, JW 1930, 1061 und Warn. 1930, 197.

56) Hummel, S. 69.

57) Gamp, S. 100; BGH 40, 367 (364) (ohne Bezugnahme auf das rechtliche Gehör). Dagegen begegnet es wohl keinen Bedenken, wenn ein unmittelbarer Beweis statt des beantragten mittelbaren Beweises erhoben wird, also die Augenscheineinnahme einer Örtlichkeit anstatt der Zeugeneinvernahme über diese Örtlichkeit, da das unmittelbare Beweismittel der Partei effektiveres rechtliches Gehör gewährt; ebenso Gamp, S. 102; E. Schneider, Beweis, S. 49.

58) BayVerfGH 32, 145 (152).

ist. Im Ausgangsverfahren der Entscheidung des BVerfG sollte mit dem abgelehnten Beweis Antrag aber die haltungsbegründende Kausalität nachgewiesen werden. Ein solcher Beweis Antrag kann nicht nach § 287 ZPO abgelehnt werden, so daß dieser Beweis auch dann erhoben werden muß, wenn die Beweiskosten außer Verhältnis zum Streitwert stehen.⁶¹

Sicher nichts mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör zu tun hat die Frage, in welcher Form die Parteien ihre Beweisanträge stellen müssen. Daher ist es kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör, daß die Berufungsbegründung Beweisanträge, die in erster Instanz angeblich fehlerhaft übergegangen wurden, einzeln und ausdrücklich wiederholen muß und eine allgemeine Bezugnahme auf erstinstanzliches Vorbringen jedenfalls dann nicht genügt, wenn das Gericht auf die Unangemessenheit der Bezugnahme hingewiesen hat (§ 137 III ZPO).^{61a}

2. Garantie beweisrechtlicher Grundsätze?

a) Beweisunmittelbarkeit

Ein erheblicher Beweis Antrag kann ohne Verstoß gegen das rechtliche Gehör nur in den gesetzlich bestimmten Fällen abgelehnt werden. Dieses Ergebnis würde es nahelegen, auch andere Grundsätze des Beweisrechts als durch das rechtliche Gehör garantiert anzusehen. Das gilt zunächst für die Beweisunmittelbarkeit, die zweifellos die wirksamste Form des rechtlichen Gehörs zu einer Beweistatsache darstellt. Bedenkt man aber, daß nur garantiert ist, daß eine Äußerungsmöglichkeit der Partei zu dem Sachverhalt besteht, der Grundlage der Entscheidung ist, nicht aber, was Grundlage der Entscheidung sein kann, ergibt sich, daß der Grundsatz der Beweisunmittelbarkeit nicht vom rechtlichen Gehör umfaßt sein kann; die Frage, ob die Beweise vor der erkennenden Instanz selbst abzunehmen sind, hat mir Art. 103 I GG nichts zu tun.⁶²

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, ob nicht im Einzelfall effektives rechtliches Gehör nur durch unmittelbaren Zeugenbeweis gewährt werden kann. Ob eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen kann, ist eine im Rahmen dieser Arbeit nicht zu untersuchende Frage. Zum Zeugen vom Hörensagen" vgl. u. § 11 III 3.

59) BGH, NJW 1964, 2414 und 1982, 2874; MDR 1979, 310; LM § 398 ZPO Nr. 8; zustimmend Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 123 VIII und Gamp, S. 16.

60) BVerfG 50, 32; ebenso Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A I 1.

61) Gamp, S. 41; a. A. für das Schiedsverfahren Bruns, Rdnr. 337.

61a) Thomas-Putzo, 12. Aufl., vor § 284 Anm. 2 a; zu großzügig BVerfG 25, 137 (141).

62) BVerfG I, 418 (429); BayVerfGH 15, 5 (8); BayObLG 1963, 235 (240); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 8; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (148); Rumpel, S. 88; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV g 2; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 73; Kenneweg, S. 48; Seidel, S. 58; Reichel, S. 80; Tiedemann, JuS 1965, 14 (19); Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1032); Dahs, S. 87; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 216.

63) Vgl. dazu Bosch, S. 122 f.; Reichel, S. 80; wohl auch BVerfG I, 418 (429).

b) Beweislastverteilung

Auch die Annahme, daß ein Zusammenhang zwischen rechtlichem Gehör und Beweislastverteilung bestehen könnte, ist bedenkenswert. Danach, welche Partei die Beweislast trägt, bestimmt sich, welche der angebotenen Beweise der Richter erheben wird, welche unerheblich sind. Eine falsche Beurteilung der Beweislastfrage führt also dazu, daß ein in Wirklichkeit erheblicher Beweis nicht erhoben wird, was nach dem Ausgeführten eine Verletzung des Gehörs darstellt. Aber diese Verkürzung erfolgt nur mittelbar, ist nur die Folge eines Verfahrensfehlers, der seinerseits keinen Zusammenhang mit dem Äußerungsrecht hat. Die Verkenntung der Beweislast bedeutet daher keinen Verstoß gegen das rechtliche Gehör.⁶⁴

IV. Gegenstände des Äußerungsrechts

Einer Konkretisierung bedarf noch die defensive Komponente des Äußerungsrechts, der Gelegenheit zur Äußerung zu allen Grundlagen der Entscheidung.

1. Tatsachen

Es ist selbstverständlich, daß zu diesen Entscheidungsgrundlagen die vom Gegner behaupteten Tatsachen gehören. Das Äußerungsrecht besteht aber auch zu solchen Tatsachen, die keines Beweises bedürfen, weil sie als offenkundig behandelt werden (§ 291 ZPO). Der Beteiligte muß Gelegenheit haben, vorzutragen, die Tatsache sei doch nicht offenkundig oder verhalte sich anders, als das Gericht anzunehmen beabsichtigt. Diese Pflicht des Gerichts, den Parteien zu offenkundigen Tatsachen eine Äußerungsmöglichkeit einzuräumen, besteht also, obwohl diese nicht einmal von einer Partei vorgetragen zu sein brauchen.⁶⁵

Uneingeschränkt gilt dieser Grundsatz für die gerichtskundigen Tatsachen, nämlich solche, die der Richter aus seiner amtlichen Tätigkeit kennt,⁶⁶

64) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 73; Ule, DVBl. 1959, 537 (543); Kolb, S. 57; Reichel, S. 80; BVerfG 52, 131 (154 f.); a. A. Arndt, NJW 1959, 6 (7).

65) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 117 I 3; Bischof, S. 256.

grundsätzlich aber auch für die allgemeinkundigen, also einer großen Zahl von Menschen bekannten Tatsachen.⁶⁷ Eine Ausnahme ist nur insoweit anzuerkennen, als einfache Daten des Tagesgeschehens, soweit sie als einem Normalbürger bekannt angesehen werden können, nicht zum Gegenstand der Verhandlung gemacht werden müssen.⁶⁸ Für das Recht auf Äußerung wäre dadurch nichts gewonnen, eine größere Schwerfälligkeit des Prozesses aber vorprogrammiert: Fast jedes

66) BVerfG 10, 177; 15, 214 (217); 32, 195 (197); BGH 31, 43 (45); BSG 22, 19, NJW 1973, 392 und MDR 1975, 965; BVerwG, NJW 1961, 1374 (1375); RGSt 28, 171 (172); HessStGH, ESVGH 22, 135 (136); BGH, NJW 1963, 598 (599); OLG Schleswig, SchlHA 1974, 168; BayObLG 1965, 94 (103); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; Arens, Rdnr. 265; Jauernig, 19. Aufl., § 49 VII 3; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 2 a; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 31; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 91; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 6; Giese-Schunck, Art. 103 Anm. II 1; Rüping, S. 154; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 3; Hamann, Art. 103 Anm. B I a; Kenneweg, S. 94; Dahs, S. 90; Dahs-Dahs, Rdnr. 66; Bischof, S. 257; Kolb, S. 51; Behrendt, S. 20; Seidel, S. 13; Jünemann, S. 35; Rausche, S. 39; de Boor-Erkell, S. 128; Gottwald, Revisionsinstanz, S. 217; Gamp, S. 9; Rumpel, S. 23 (Fn. 81); D. Brügge-mann, JR 1969, 361 (366); Röhl, NJW 1953, 1531 (1534) und 1958, 1268 (1273); Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60; Pentz, JR 1967, 85 (86); Lesser, DRiZ 1960, 420 (421); Jagusch, NJW 1962, 1645 (1646); Leonhard, Rpfleger 1964, 37 (38); v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); ebenso für die EMKR: Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 29; für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 162; a. A. für Tatsachen, die nur als obiter dicta erscheinen: BVerwG, VerwRspr. 16, 250; Peters-Sautter-Wolff, § 62 SGG Anm.

67) BVerfG 12, 110 (113); 48, 206 (209); BGH 31, 43 (45); Arens, Rdnr. 265; Jauernig, 19. Aufl., § 49 VII 3; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 278 Anm. III 4; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); Röhl, NJW 1964, 273 (279); Rumpel, S. 23 (Fn. 81); Kurth, S. 131; Rüping, S. 153; Behrendt, S. 20; Kolb, S. 51; Kenneweg, S. 94; Rausche, S. 40; Gottwald, Revisionsinstanz, S. 213; Bischof, S. 256; Schlosser, ZPR, Rdnr. 169; E. Schneider, MDR 1979, 617 (619); Pentz, JR 1967, 85 (86); a. A. nur Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 29.

68) Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 7; vgl. auch BSG, NJW 1979, 1063. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist es dagegen natürlich, wenn Tatsachen als allgemeinkundig in diesem Sinne behandelt werden, die es in Wahrheit nicht sind; BVerwG, NVwZ 1983, 99.

Urteil legt allgemeinkundige Tatsachen in diesem engeren Sinn zugrunde, häufig sogar, ohne daß der Richter sich dessen besonders bewußt ist.

Wegen des Äußerungsrechts zu allen der Entscheidung zugrundeliegenden Tatsachen ist es auch nicht möglich, daß ein Rechtsmittelgericht seiner Entscheidung die das Urteil des Untergerichts bestätigt, einen anderen Sachverhalt zugrundelegt, ohne die Parteien vorher anzuhören.⁶⁹

2. Beweisergebnisse

Besondere Bedeutung hat neben dem Äußerungsrecht zu Tatsachen das zu Beweisergebnissen. Die Struktur des Zivilprozesses sorgt jedenfalls da, wo der Beibringungsgrundsatz gilt, dafür, daß Tatsachen, die Entscheidungsgrundlage werden sollen, den Parteien bekannt sind. Entscheidend ist aber, daß sich die Partei auch zu den Beweisergebnissen äußern kann. Nur so kann sie ja auf deren Würdigung durch das Gericht Einfluß nehmen. Dem dient das Anwesensheitsrecht der Parteien bei der Beweisaufnahme (§ 357 I ZPO). Dieses Recht auf "kritisches Beweisgehör"⁷⁰ ermöglicht Einwände gegen die Glaubwürdigkeit der Zeugen, Echtheit und Beweiskraft von Urkunden und Sachverständigengutachten.

Soweit im Zivilprozeß Beweisergebnisse von Amts wegen in das Verfahren eingeführt werden, muß auch zu diesen eine Äußerungsmöglichkeit gegeben werden. In Betracht kommen hier vor allem von Amts wegen eingeholte Sachverständigengutachten (§ 144 I ZPO),⁷¹ wie ärztliche Gutachten⁷² oder das nach § 74 a V ZVG eingeholte Sachverständigengutachten über den Verkehrswert des Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren.⁷³

Von dieser Regel soll eine Ausnahme in dem Fall bestehen, daß es sich um ein Sachverständigengutachten über die geistige Gesundheit eines Beteiligten

⁶⁹) BVerfG 26, 37 (40).

⁷⁰) Der Begriff geht auf Friedrichs, S. 358 zurück.

⁷¹) BVerfG 5, 22 (24); 7, 340 (341); 15, 214 (218); Jansen, S. 20; Krüger, DÖV 1962, 744 (745).

⁷²) BVerfG 17, 86 (96); BSG, NJW 1964, 2227; Behrendt, S. 20; Gottwald, Revisionsinstanz, S. 211; OLG Frankfurt, OLGZ 1981, 135 (137).

⁷³) BVerfG 6, 12; 16, 283 (285); Vollkommer, Rpfleger 1982, 1 (7); Rumpel, S. 112 f.; a. A. Schätzler, NJW 1957, 947.

handelt.⁷⁴ Wird etwa im Entmündigungsverfahren ein Gutachten über die Geisteskrankheit des Antragsgegners eingeholt, so soll dieses Gutachten, wenn zu befürchten ist, daß sich die Mitteilung der genauen Diagnose nachteilig auf seine Gesundheit auswirken könnte, vorthalten werden können. Das ist nicht zu billigen. Die Gefahr einer gesundheitlichen Schädigung, die nur allzu schnell bejaht wird, darf nicht leichtthin angenommen werden. Nicht jede "unnötige Aufregung" ist eine Schädigung der Gesundheit, welche dem Betroffenen in seinem "wohlverstandenen Interesse" zu ersparen wäre.⁷⁵ Zwar sind Nachteile für die Gesundheit des Antragsgegners soweit wie möglich zu vermeiden; ein dennoch entstehender Konflikt mit dem Äußerungsrecht muß aber zu Gunsten des letzteren gelöst werden.

Ein Recht auf Äußerung haben die Beteiligten auch zu im Wege des Freibeweises erhobenen Tatsachen, etwa dienstlichen Äußerungen, die das Gericht eingeholt hat und verwerten will.⁷⁶ Die Einräumung einer Äußerungsmöglichkeit wird nicht dadurch entbehrlich, daß das Gericht meint, die Beweisergebnisse seien nicht neu; es seien der Entscheidung nur solche Tatsachen zugrundegelegt, zu denen sich die Beteiligten bereits in einem früheren Verfahrensstadium geäußert hätten. Stets ist nämlich die Möglichkeit zu gewähren, sich zu den Entscheidungsgrundlagen in der Form zu äußern, wie sie dem Gericht zur Beurteilung vorliegen.⁷⁷

3. Rechtsausführungen

Während über das Äußerungsrecht zu Tatsachen und Beweisergebnissen im wesentlichen Einigkeit besteht, ist noch nicht allgemein anerkannt, daß auch zu den Rechtsausführungen der anderen Beteiligten Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden muß.⁷⁸ Praktische Bedeutung erhält die Frage durch die Konsequenz,

74) BayVerfGH 27, 87 (90); BayObLG 1965, 359 (361); 1966, 435 (441); 1970, 85 (88); KG, OLGZ 1969, 257 (262); Rüping, S. 163; Keidel, S. 137; Kenneweg, S. 78; Säcker, NJW 1970, 1666 (1667) und Rpfleger 1971, 161 (163); vgl. auch Löwe, S. 206.

75) Wie hier Reinhardt, S. 75.

76) BVerfG 7, 275 (279); 10, 274 (281); 24, 56 (62); Kurth, S. 132; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (145); Behrendt, S. 21; Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60. Die größte Bedeutung hat das Äußerungsrecht zur dienstlichen Äußerung eines abgelehnten Richters, vgl. u. § 13 III 1 e und die dort angeführten weiteren Nachweise.

77) BVerfG 19, 198 (201).

daß, wenn ein solches Recht besteht, Stellungnahmen des Gegners, die nur Rechtsausführungen enthalten, in gleicher Weise dem Recht auf Orientierung unterliegen wie diejenigen, die auch Tatsachen vortragen. Indessen sind Zweifel an dem Äußerungsrecht zu gegnerischen Rechtsausführungen nicht begründet; es ist vielmehr eine notwendige Folge aus dem anerkannten Recht, selbst Rechtsausführungen machen zu dürfen. Dieses Recht, den Sachverhalt auch rechtlich zu werten, kann erschöpfend nur wahrgenommen werden, wenn der Berechtigte die rechtlichen Erklärungen der Mitbeteiligten kennt und sich mit ihnen auseinandersetzen kann.⁷⁹

Daher dürfen vorbehaltene Schriftsätze auch dann nicht ohne Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung berücksichtigt werden, wenn sie - außerhalb der vorbehaltenen Frage - ausschließlich rechtliche Ausführungen enthalten.⁸⁰ Der Einwand, daß sich ein solches Verfahren "endlos fortsetzen" könnte,⁸¹ gilt für tatsächliche Ausführungen ebenso wie für rechtliches Vorbringen; es handelt sich hier aber, wie sogleich zu zeigen sein wird, nur um eine scheinbare Gefahr.

V. Anzahl, Zeitpunkt und zeitliche Grenzen der Äußerungen

1. Anzahl der Äußerungsgelegenheiten

a) Erste Instanz

Das Äußerungsrecht erschöpft sich nicht darin, daß man überhaupt Gelegenheit hat, im Verfahren etwas vorzutragen. Da es die Gelegenheit gewährleistet, sich zum ganzen der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt zu äußern, also zu jeder dem Gericht vom Gegner unterbreiteten Stellungnahme, läßt sich die Anzahl der Äußerungsgelegenheiten auch nicht abstrakt mit einer Zahl bestimmen.

78) Ablehnend BayVerfGH 15, 38 (41); Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1030 f.); Röhl, NJW 1964, 273 (276); Kenneweg, S. 95; Schorn, Menschenwürde, S. 82 f.; Koeniger, S. 245; W. Wolf, JR 1965, 87 (91); Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 90; Klinger, § 108 VwGO Anm. C 1; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 4.

79) Wie hier Eb. Schmidt, I Rdnr. 345; Seidel, S. 89 f.; Jansen, S. 26; Rumpel, S. 29 f.; Arndt, JZ 1963, 65; Wimmer, NJW 1963, 2247; Keidel, S. 46; Dahs, S. 111 f.; Dahs-Dahs, Rdnr. 431; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 77; BVerfG 9, 261 (266); ebenso für das schweizerische Recht Reinhardt, S. 202.

80) A. A. Walchshöfer, NJW 1972, 1038 (1039) mit weiteren Nachw.

81) So aber Kolb, S. 42 f.

Erforderlichenfalls muß den Beteiligten mehrmals Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden, nämlich immer dann, wenn neue Streitpunkte auftauchen.⁸²

Es ist nur ein scheinbares Problem, daß bei Zugrundelegung dieser Ansicht Schwierigkeiten entstehen können, wenn keine mündliche Verhandlung stattfindet und jede Partei mit jedem Schriftsatz Neues bringt und damit jeweils das Recht des Gegners auf eine Erwiderung begründen würde.⁸³ Wenn das Gericht die Sache für entscheidungsreif hält, braucht es nämlich der obsiegenden Partei kein Gehör mehr zu den Ausführungen ihres Gegners zu gewähren, auf die es für die Entscheidung nicht ankommt.⁸⁴ Eine endlose Kette kann also nicht entstehen. Schwierigkeiten in dieser Hinsicht kann es nur im schriftlichen Urteilsverfahren geben, wo es nicht möglich ist, dann zu entscheiden, wenn die Sache "ausgeschrieben" ist, sondern vielmehr das Gericht den dem Ende der mündlichen Verhandlung entsprechenden Zeitpunkt vorweg bestimmen muß (§ 128 II 2 ZPO). Geht hier kurz vor Ende der Schriftsatzfrist noch ein entscheidungserheblicher Schriftsatz ein, so muß das Gericht durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, daß dem Gegner dazu Gehör gewährt wird;⁸⁵ notfalls muß nachträglich ein späterer Zeitpunkt für die Einreichung eines Erwiderungsschriftsatzes bestimmt oder die mündliche Verhandlung wieder eröffnet werden.

Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ist auch dann ein Gebot des rechtlichen Gehörs, wenn das Gericht nach ihrem Schluß erkennt, daß etwa als Folge einer Verletzung der richterlichen Hinweispflicht noch kein ausreichendes Gehör gewährt wurde. In diesem Fall besteht entgegen dem Wortlaut

82) BVerfG 19, 32 (36); 55, 95 (98); Rüping, S. 147; Kurth, S. 111; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 39; Jünemann, S. 48 f.; Rausche, S. 47; Arens, Rdnr. 34; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 3; Keidel, S. 144; Jansen, S. 21; Henkel, S. 249; Nikisch, § 145 I 3; Löwe, S. 219; ebenso schon Bolgiano, S. 39; zu eng Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 d. Zur Ansicht von K. Peters vgl. o. bei Fn. 15.

83) Das befürchten BayVerfGH 15, 38 (39); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 d; Jagusch, NJW 1962, 1645 (1648).

84) Jansen, S. 20. Vgl. zur Entbehrlichkeit weiteren Gehörs in diesem Fall u. § 15 I 1.

85) BVerfG 50, 280 (285).

des § 156 ZPO kein Ermessen, sondern eine Pflicht zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.⁸⁶

Dasselbe muß gelten, wenn im schriftlichen Verfahren nach § 128 II, III ZPO erhebliches Vorbringen nach Ablauf der dafür bestimmten Frist, aber vor Urteilsverkündung eingeht. Auch hier muß entweder die mündliche Verhandlung wieder eröffnet oder der dem Schluß der mündlichen Verhandlung entsprechende Termin verschoben werden, damit die Partei Gelegenheit erhält, die Verspätung zu entschuldigen.⁸⁷

Eine Wiedereröffnung im selben Termin kommt naturgemäß nicht in Betracht, wenn der Richter sogleich erkennt, daß er seiner Hinweispflicht nicht ausreichend nachgekommen ist, sich aber eine Partei bereits entfernt hat; nach Schluß der mündlichen Verhandlung braucht sie mit einer Wiedereröffnung im selben Termin nicht zu rechnen. Hier muß neuer Verhandlungstermin bestimmt werden, da die Beteiligten durch die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ein unentziehbares Recht auf Gehör erlangt haben.⁸⁸

b) Recht auf einen Instanzenzug?

Ist aber zu jedem Streitpunkt mindestens einmal rechtliches Gehör gewährt worden, so ist dem Recht auf Äußerung genügt; es besteht kein Anspruch darauf, daß ein Instanzenzug eröffnet wäre und es eine weitere Instanz gibt, in der erneut ein Äußerungsrecht bestünde.⁹⁰

86) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 107 III 9; E. Schneider, MDR 1968, 721 (727); Deubner, NJW 1980, 263 (265); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 156 Anm. 1 a aa; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 156 Anm. 2 A; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 156 Anm. II 1; Walchshöfer, NJW 1972, 1028 (1030); Kurth, S. 129; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368); BGH, Z郑 73, 233; OLG Köln, NJW 1980, 2361 (2362) und MDR 1980, 674; OLG Schleswig, OLGZ 1981, 245 (247); BGH, WM 1979, 587 (588); BayObLG 1948/51, 70 (73); für das österreichische Recht: Sprung-König, öJBl. 1976, 1 (7).

87) Vgl. Kramer, NJW 1978, 1411 (1416); zu eng AG St. Blasien, MDR 1983, 497.

88) RG 41, 377 (378); Kurth, S. 129.

89) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 156 Anm. 2 C.

90) BVerfG 1, 433 (437); 28, 88 (95 f.); 34, 1 (6); 42, 252 (254); BayVerfGH 29, 11 (14); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 b; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 89; Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV g 4; Kurth, S. 193; Schwartz, S. 81; Kunz, S. 166; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 3; Behrendt, S. 17; Granderath, MDR 1972, 828 (831); Henckel, Z郑 77, 321 (370); Kopp, AöR 106, 604 (609); Prütting, S. 97; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 98; Stehmann, S. 102; Waechter, Betrieb 1971, 289 (290); Leonhard, Rpfleger 1964, 37 (39); Rumpel, S. 88; Löwe, S. 222 f.; Hamann, Art. 103 Anm. B 1 c.

In dieser Frage besteht allgemeine Übereinstimmung in Rechtsprechung und Literatur. Auch aus Art. 19 IV GG⁹¹ und dem Rechtsstaatsprinzip⁹² kann die Forderung nach einem Instanzenzug nicht abgeleitet werden.

Auch die EMRK gibt kein Recht auf einen Instanzenzug.^{92a} Manche ausländischen Verfassungen garantieren dem Bürger dagegen ausdrücklich ein Recht auf ein Rechtsmittel, so die von Italien (Art. 111 II), Jugoslawien (Art. 233) und der Tschechoslowakei (Art. 99).⁹³ Auch hier wird allerdings kein Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör behauptet.

Als Folge hiervon steht es zur Disposition des Gesetzgebers, ob er bei eilbedürftigen oder auf Überraschungswirkung angewiesenen Maßnahmen das - zunächst zulässigerweise unterbliebene⁹⁴ - Gehör des Gegners noch in derselben Instanz durch einen Rechtsbehelf ohne Devolutiveffekt gewährt oder die nachträgliche Überprüfung vor einem höheren Gericht stattfindet.⁹⁵

Auch wenn eine Partei durch einen Verfahrensfehler eine Instanz verliert, ist dadurch das rechtliche Gehör nicht verletzt, wenn sie sich in der verbliebenen Instanz hinreichend äußern kann. Kein Verstoß gegen Art. 103 I GG ist deshalb eine in der Berufungsinstanz ohne das Vorliegen ihrer Voraussetzungen zugelassene Klageänderung,⁹⁶ ein ohne die Voraussetzungen des § 301 ZPO ergehendes, aber wegen einer Beschwer von weniger als 700 DM nicht berufungsfähiges (§ 511a ZPO) Teilurteil,⁹⁷ die Nichtzulassung der Revision, obwohl sie nach § 546 II ZPO zweifelsfrei zuzulassen wäre.⁹⁸ Auch die Einschränkungen des Zugangs zur Revisionsinstanz⁹⁹ sind deshalb unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs bedenkenfrei, weil es die Revisionsinstanz überhaupt nicht zu geben brauchte.¹⁰⁰ Aus demselben Grund ist es kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör, wenn die Zurückverweisung nach §§ 538, 539 ZPO in der Berufungsinstanz unterbleibt, obwohl sie eindeutig geboten wäre,¹⁰¹ und wenn Erhöhungen von Rechtsmittelsummen rückwirkend auch für bereits vor ihrem Inkrafttreten begonnene Prozesse gelten.^{101a}

91) BVerfG 6, 7 (12); 11, 232 (233); 19, 323 (327 f.); 40, 272 (275); 42, 243 (248); 49, 329 (340); a.A. für die Nachprüfung auf Verfahrensfehler Lorenz, S. 243 ff.

92) BVerfG 4, 74 (94).

92a) Matscher, öZöfRVölkR 31, 1 (21).

93) Vgl. auch Stalev, in: Fundamental Guarantees, S. 355 (397).

94) S. u. § 14 II 1.

95) BVerfG 9, 89 (106 f.); BGH, JZ 1964, 31 (33); Leibholz-Rinck, Art. 103 Rdnr. 17b; Kunz, S. 165; a. A. Bettermann, Grundrechte III 2, S. 779 (785) und für einen Sonderfall Stehmann, S. 50: das rechtliche Gehör sei nur durch einen Rechtsbehelf ohne Devolutiveffekt ausreichend gewährt, damit keine Instanz verlorengehe.

96) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368); Schwartz, S. 81.

97) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368).

Die Nichtgewährleistung eines Instanzenzugs bedeutet aber nicht, daß das rechtliche Gehör zu einem Streitpunkt, zu dem es einmal gewährt war, nicht verletzt sein könnte. Zwar brauchte es die weitere Instanz nicht zu geben; wenn es sie aber gibt, dann darf ihre Wahrnehmung nicht über die gesetzlich gezogenen Grenzen hinaus erschwert werden, und es ist zusätzlich darauf zu achten, daß die Auslegung dieser Grenzen den Zugang zur nächsten Instanz nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert.¹⁰² Wenn mehrere Instanzen für das Recht auf Äußerung bestehen, darf man sie nutzen.

Die Versagung der Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist kann daher das rechtliche Gehör verletzen,¹⁰³ und nichts anderes gilt, wenn Vorbringen in der Berufungsinstanz als verspätet nicht zugelassen wird.¹⁰⁴

Die Abgrenzung dieser Fälle zu den eingangs genannten, in denen eine Verletzung zu verneinen ist, ist freilich unsicher und in Grenzfällen zweifelhaft. So wird die Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit der Revision in (vom OLG nicht als solchen erkannten) Familiensachen¹⁰⁵ als verfassungswidrige Erschwerung des Zugangs zur Revisionsinstanz angesehen.¹⁰⁶ Aber das dürfte unzutreffend sein: Die Rechtsprechung des BGH hat - wie eine fehlerhafte Revisionsnichtzulassung oder ein fehlerhaftes Teilurteil - als mittelbare Folge, daß der Beteiligte in der ihm "an sich" offenstehenden weiteren Instanz kein Gehör findet; es handelt sich aber nur um eine mittelbare Auswirkung. Hingegen stehen die Wahrung der Berufungsfrist und die Präklusion in der Berufungsinstanz in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör in diesem Rechtszug, so daß eine abweichende Beurteilung gerechtfertigt ist.

98) BayVerfGH 29, 11 (14); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 4a; a. A. Jauernig, 19. Aufl., § 74 II 3. E. Schneider, NJW 1977, 1043 (1044) hält die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter für erfolgversprechend (a. A. BGH, NJW 1980, 345). Dies liefe freilich auf eine allgemeine Nichtzulassungsbeschwerde zum BVerfG hinaus.

99) Am einschneidendsten hat sich hier die Ersetzung der Streitwert- durch die Annahmerevision durch das Gesetz vom 8.7.1975 (BGBl. I 1863) ausgewirkt.

100) Prütting, S. 98.

101) BayVerfGH 29, 11 (14). 101a) BGH, JZ 1978, 33 (34).

102) BVerfG 44, 302 (305); 41, 23 (26); 40, 272 (275); BVerwG, NJW 1979, 1315; Kopp, AöR 106, 604 (610); Lässig, Deutsch, S. 103; J. Bernhardt, S. 85; anders (obiter) BVerfG 19, 323 (328).

103) BVerfG 50, 1.

104) S. zu dieser umstrittenen Frage u. § 10 II 4.

105) BGH 76, 306 (307).

106) Jauernig, 19. Aufl., § 91 V 3.

2. Zeitpunkt der Äußerungsgelegenheit

Da die Äußerungsmöglichkeit der potentiellen Beeinflussung der Entscheidung dient, muß sie so zeitig gewährt werden, daß dies überhaupt möglich ist, also grundsätzlich, bevor eine Entscheidung ergeht.¹⁰⁷ Andererseits muß es sich aber um eine Äußerungsmöglichkeit im Verfahren selbst handeln. Stellungnahmen der Beteiligten in der vorgerichtlichen Korrespondenz können ihr Recht auf Gehör vor Gericht nicht ersetzen.¹⁰⁸

Von dem Grundsatz des Äußerungsrechts vor Erlaß der Entscheidung gibt es keine echten Ausnahmen; er ist allerdings in einer Reihe von Fällen modifiziert.¹⁰⁹ Ein anderes Problem stellt es dar, ob das Äußerungsrecht die Befugnis in sich schließt, binnen bestimmter Frist zu Gehör zu kommen, ob also ein Zusammenhang zwischen rechtlchem Gehör und Verfahrensbeschleunigung besteht. Diese Frage wird in einem eigenen Abschnitt behandelt.¹¹⁰

3. Zeitliche Grenzen der Äußerung

Mitunter wird gesagt, für den Vortrag einer Partei in der mündlichen Verhandlung dürfe das Gericht eine bestimmte Redezeit im voraus oder auch während ihres Vortrags festsetzen.¹¹¹ Das ist bedenklich: Es besteht nämlich dann die Gefahr, daß die im Vortrag ungeübte Partei in der ihr zugestandenen Zeit nicht alles vorbringen kann, was ihr wichtig erscheint. Daß gerade das Zuhörenkönnen und Ausredenlassen eine besondere Tugend des Richterberufs ist, wurde oben schon betont.¹¹² Im übrigen ist das Gericht auch bei einem über das Nötige

107) Arens, Rdnr. 36; Behrendt, S. 16; J. Bernhardt, S. 70; W. Bernhardt, § 23 IV; Graf, S. 25; Kurth, S. 110; Rumpel, S. 49; Löwe, S. 219; Leonhard, Rpfeleger 1964, 37; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 39; Rausche, S. 47; Röhl, NJW 1953, 1531 (1533) und 1964, 273 (274); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 15; Kleinknecht-Meyer, Einl. Rdnr. 32; Eb. Schmidt, I Rdnr. 343; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); BVerfG I, 418 (429); 7, 53 (57); 9, 89 (95); 57, 346 (359); BVerwG, NJW 1961, 1549; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 76; a. A. Bettermann, Grundrechte III/2, S. 779 (885): es genüge, wenn ein Rechtsmittel ohne Devolutiveffekt gegeben sei.

108) Jünemann, S. 43.

109) S. u. § 15 II.

110) S. u. § 10 III.

111) BVerwG, MDR 1958, 121 und NJW 1962, 124; RG, DJZ 1912, 164; Kolb, S. 55; Kenneweg, S. 66; Kurth, S. 82; Behrendt, S. 42; Röhl, NJW 1958, 1268 (1270); für Fälle mißbräuchlicher Rechtsausübung auch Rüping, S. 163, 177; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 214; Guldener, ZPR, S. 175.

hinausgehenden schriftsätzlichen Vortrag zu dessen Durcharbeitung gezwungen, und es wäre schwer verständlich, wenn für die unmittelbarste Form des Gehörs etwas anderes gelten sollte.

Im übrigen entstehen durch die hier vertretene Meinung, die eine im voraus verfügte Beschränkung der Redezeit für unzulässig hält,¹¹³ auch keine Unzulänglichkeiten. Trägt ein Beteiligter nämlich etwas vor, was nicht einmal potentiell erheblich ist und daher nicht von der Garantie des Gehörs umfaßt ist, so kann ihm zur Beendigung derartiger Ausführungen ohne weiteres eine Frist gesetzt und nach erfolgloser Abmahnung das Wort entzogen werden.

VI. Die Gelegenheit zur Äußerung

1. Keine Pflicht zur Äußerung

Die Gewährung rechtlichen Gehörs bedeutet nicht, daß sich die Beteiligten tatsächlich äußern müssen, sondern nur, daß ihnen die Möglichkeit dazu gegeben war. Wird die gebotene Gelegenheit zur Äußerung vorsätzlich oder fahrlässig nicht wahrgenommen, so erlischt der Anspruch, und das zweite Grundelement des Gehörsrechts, die Berücksichtigung durch das Gericht, kommt nicht zum Tragen.¹¹⁴

Es handelt sich dabei um einen allgemeinen Grundsatz, der in den §§ 83 IV 2 und 105 III ArbGG positiviert ist. Er gilt auch in der freiwilligen Gerichts-

112) S. o. bei Fn. 1.

113) Ebenso Rausche, S. 115; Schorn, Menschenwürde, S. 88; RGSt. 64, 57 (58); BGH bei Dallinger, MDR 1953, 598.

114) BVerfG 3, 359 (365); 9, 231 (236); 36, 92 (98); 36, 298 (301 f.); 54, 117 (125); 55, 72 (94); BayVerfGH 12, 127 (129) und 24, 178 (180); BSG 3, 209 (213); BayObLG 1948/51, 70 (72); Arens, Rdnr. 36; Grunsky, § 25 III 1; Rüping, S. 145; Nikisch, § 77 II 2; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Kunz, S. 25 (Fn. 1); Kurth, S. 113 f.; Tschira-Schmitt Glaeser, S. 293; König, DVBl. 1959, 189 (194); Baur, ZPR Rdnr. 52 und AcP 153, 393 (408); Jauernig, 19. Aufl., § 29 II; Röhl, NJW 1953, 1531 (1532) und 1958, 1268 (1272); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 6, 48, 50; Prager, AcP 133, 143 (154); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4 A; Schwartz, S. 41; Jacobi, S. 97; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 3; Helmke, S. 186; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1021); W. Bernhardt, § 23 IV; Zeiss, § 32 II; Henkel, S. 249; Eb. Schmidt, I Rdnr. 343; Stahl, S. 151; Orlieb, S. 55; Jünemann, S. 41; de Boor-Erkell, S. 70; Dahs, S. 20, 45; Aumüller, S. 20; Graf, S. 8; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 10; Löwe, S. 243; Deubner, NJW 1976, 2113; Rumpel, S. 45; Heinzmann, S. 56; Roxin, § 18 B I 1 h; Kleinknecht-Meyer, Einl. Rdnr. 31; ebenso bereits Kleinfeller, S. 191; Bolgiano, S. 40; Renaud, S. 198; Heilfron-Pick, S. 456.

barkeit¹¹⁵ und ist auch im österreichischen¹¹⁶ und schweizerischen¹¹⁷ Recht sowie für die EMRK¹¹⁸ und das Verfahren vor den internationalen Gerichtshöfen¹¹⁹ anerkannt.

Eine Folge- und Einlassungspflicht wie der römische Zivilprozeß im Verfahren in iure kennen die heutigen Zivilprozeßgesetze (wie schon das römische Zivilprozeßrecht im Verfahren apud iudicem)¹²⁰ nicht mehr.

Die Gelegenheit zur Äußerung ist eigenverantwortlich versäumt, wenn die Partei wegen ordnungswidrigen Betragens nach § 177 GVG aus dem Gerichtssaal entfernt worden ist.¹²¹ Aus dem gleichen Grund ist auch die Haftanordnung gegen den im Termin zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nicht erschienenen Vollstreckungsschuldner (§ 901 ZPO) kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör, da er seine Einwendungen in diesem Termin hätte vorbringen können.¹²²

2. Verzicht auf das Äußerungsrecht

Aus der Pflicht des Gerichts, vor der Entscheidung eine Äußerungsgelegenheit zum gesamten Sachverhalt zu geben, ergibt sich, daß die Beteiligten auf die Äußerungsmöglichkeit nicht im voraus verzichten können. Die konkrete Verfahrenslage, zu der sich zu äußern Gelegenheit besteht, muß für den Beteiligten überschaubar sein, nur dann kann er seinen Entschluß in voller Sachkenntnis fassen.¹²³ Ein

115) Keidel, S. 38, 125.

116) Kralik, S. 128 und ÖJZ 1952, 3 (4); Holzhammer, S. 134.

117) Reinhardt, S. 5 f.; Kummer, S. 75; Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (337).

118) Pieck, S. 104.

119) Cheng, S. 296.

120) Vgl. Wenger, S. 184 (Fn. 12), 268 ff.

121) BGH 48, 327 (330); Dahs, S. 47; Eb. Schmidt, I Rdnr. 343; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 60; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 24.

122) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Kurth, S. 179; im Ergebnis ebenso Stehmann, S. 49, freilich unter Ablehnung der hier verwendeten Argumentation.

123) Henckel, ZJP 77, 321 (338 ff.); Prager, AcP 133, 143 (158); Kurth, S. 113; Rüping, S. 146; Baur, AcP 153, 393 (405); Behrendt, S. 19; Röhl, NJW 1953, 1531 (1532); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 49; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 3 a; Jünemann, S. 41 (Fn. 2); Keidel, S. 38; Aumüller, S. 45; Hellwig, S. 408; Kenneweg, S. 39; Graf, S. 7; Rumpel, S. 46; ebenso für das österreichische Recht Sprung-König, öJBl. 1976, I (7 Fn. 60); für das schweizerische Recht Reinhardt, S. 97. Auch Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4 B und Mellwitz, § 62 SGG Anm. 3 meinen mit der Formulierung, die Parteien könnten auf die Anhörung freiwillig verzichten, offenbar nur ein Nichtausnutzen der Äußerungsmöglichkeit.

Verzicht kann daher nur im Nichtausnutzen einer Äußerungsmöglichkeit oder einer Möglichkeit, sich Gehör zu verschaffen,¹²⁴ gesehen werden,¹²⁵ und es muß sich stets um ein bewußtes Nichtnutzen einer Äußerungsgelegenheit handeln. Die Partei muß erkennen können, daß Gelegenheit zu eigenem Vorbringen bestand und es an ihr liegt, sie wahrzunehmen.¹²⁶ Der Verzicht auf eine Äußerungsmöglichkeit erstreckt sich daher immer nur auf das laufende Verfahren, nicht aber auf ein sich etwa anschließendes Rechtsmittelverfahren. Erst wenn dieses eingeleitet ist, kann der Beteiligte vernünftigerweise den Entschluß fassen, ob er sich äußern will.¹²⁷

Der Grund für diese Möglichkeit, das Äußerungsrecht nicht auszunutzen, ist darin zu sehen, daß die Gewährung rechtlichen Gehörs im Interesse der Beteiligten, nicht im öffentlichen Interesse¹²⁸ erfolgt. Hierin besteht der Hauptunterschied zwischen dem rechtlichen Gehör, das im Interesse des Anzuhörenden gegeben ist, und dem Verhör, das ausschließlich der Aufklärung des Sachverhalts dient und als solches auch erzwungen werden kann, aber entbehrlich ist, wenn hierdurch weitere Aufklärung nicht zu erreichen ist.¹²⁹

VII. Die Form der Gewährung des Äußerungsrechts

Mit dem Abstecken von Inhalt und Grenzen des Rechts auf Äußerung ist noch nicht entschieden, in welcher Form sich dieses Recht verwirklichen kann. Da Art. 103 I GG über die Form der Gehörgewährung keine Aussage macht, ist dem Gesetzgeber hier ein weiter Spielraum überlassen.

124) So ist es beispielsweise, wenn die Partei es unterläßt, gegen ein nicht in gesetzlicher Weise ergangenes Versäumnisurteil Einspruch einzulegen.

125) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 49; Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A I 1; Kurth, S. 128; Kolb, S. 63 f.; Kenneweg, S. 39; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 3 a; Röhl, NJW 1964, 273 (276); Rüping, S. 145; Hellwig, S. 408; Aumüller, S. 45; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 96; ähnlich: Henckel, ZJP 77, 321 (340); Prager, AcP 133, 143 (158).

126) BGH, NJW 1963, 598 (599); OLG Köln, NJW 1953, 275; BayVerfGH 27, 109 (115); Rumpel, S. 39; Jünemann, S. 42, 115; Rausche, S. 115; Löwe, S. 224; Rüping, S. 145.

127) Reinhardt, S. 97 f.

128) A. M. Hellwig, S. 408.

129) Vgl. Jünemann, S. 27 ff.; Keidel, S. 50 ff.; Reinhardt, S. 10 ff.

1. Kein Anspruch auf eine bestimmte Verfahrensart

Dies wirkt sich zunächst dahin aus, daß dem Recht auf Äußerung kein Anspruch auf Durchführung des Verfahrens in einer bestimmten Verfahrensart entspricht, also etwa eine Entscheidung im ordentlichen Zivilprozeß.¹³⁰ Daher ist es kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör, wenn eine Unterhaltsklage während der Anhängigkeit eines Scheidungsverfahrens mangels Rechtsschutzbedürfnisses abgewiesen wird, weil man nach § 620 Nr. 6 ZPO eine einstweilige Anordnung beantragen könne,¹³¹ ebenso wenig, daß bei Rechtsnachfolge auf Seiten des Beklagten nach Rechtshängigkeit der Klage die Umschreibung der Vollstreckungsklausel (§ 727 ZPO) beantragen muß und nicht neue Klage gegen den Rechtsnachfolger erheben kann.¹³²

2. Äußerungsrecht und mündliche Verhandlung

a) Grundsatz

Ebensowenig wie eine bestimmte Verfahrensart gewährleistet das rechtliche Gehör die Mündlichkeit des Verfahrens; das Recht auf Äußerung kann auch schriftlich gewährt werden.¹³³ Für das sozialgerichtliche Verfahren hat diese einhellige

130) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 b; Kurth, S. 123; Ortlieb, S. 30; Reiner, S. 88; Seidel, S. 72; Waechter, Betrieb 1971, 289 (290); Leonhard, Rpfleger 1964, 37 (38); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 90; Rüping, S. 113; Röhl, NJW 1958, 1268 (1270); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 10; Granderath, MDR 1972, 828 (831); BVerwG, NJW 1979, 1315; BVerfG 6, 19 (20) und 31, 364 (370); Behrendt, S. 17; ebenso für die EMRK: Pieck, S. 82; Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 11 a; für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 49.

131) BVerfG 6, 19 (20); Kurth, S. 123; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 90; Kenneweg, S. 48; Leonhard, Rpfleger 1964, 37 (38).

132) Kurth, S. 123; im Ergebnis auch Bettermann, JZ 1962, 675 (677).

133) BVerfG 5, 9 (11); 6, 19 (20); 15, 249 (256) und 303 (307); 21, 73 (77); 25, 352 (357); 36, 85 (87); 42, 364 (370); 60, 175 (210); BGH 13, 265 (270); BayObLG 1956, 353 (360), 57, 187 (193) und 58, 182 (185); KG, NJW 1973, 435; OLG Nürnberg, MDR 1982, 943; BVerwG 7, 230 und NJW 1979, 1315; VG Frankfurt, DVBl. 1959, 896; Rosenberg-Schwab, §§ 82 II 3 und 85 IV 1; Schwartz, S. 34; Kurth, S. 120, 123; Baur, ZPR Rdnr. 52 und AcP 153, 393 (408); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 10; Röhl, NJW 1953, 1531 (1532), 1958, 1268 (1270) und 1964, 273 (275); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 72; Ortlieb, S. 69; Kolb, S. 56; Keidel, S. 41; Säcker, Rpfleger 1971, 161; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 87; Zeiss, § 32 II; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 73 d; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 1;

Meinung in § 62 SGG ihren Ausdruck gefunden.

Die Möglichkeit eines Versäumnisurteils im schriftlichen Vorverfahren nach § 331 III ZPO ist deswegen keine "Ausnahme" vom rechtlichen Gehör, wie OLG München, MDR 1983, 324 meint.

Auch Art. 6 I 1 EMRK geht insoweit nicht über Art. 103 I GG hinaus. Wenn dort garantiert ist, daß ein "öffentliches Verfahren" stattfinden muß, so verbürgt dies nicht die mündliche Anhörung. Das Wort "öffentlich" bezieht sich nur auf das Verfahren als solches; daraus darf aber nicht gefolgert werden, auch jede Anhörung der Beteiligten müsse öffentlich und damit mündlich erfolgen.¹³⁴

Dieser Grundsatz darf natürlich nicht darüber hinwegtäuschen, daß eine mündliche Verhandlung im Regelfall das rechtliche Gehör am besten verwirklicht¹³⁵ und die Gefahr von Gehörsverletzungen auf ein Mindestmaß reduziert. Sowohl die Sachaufklärung als auch die Diskussion der entscheidungserheblichen Rechtsfragen ist erleichtert; die Gefahr des Aneinander-vorbei-Redens ist geringer als die des Aneinander-vorbei-Schreibens. Dem Gericht ist die Ausübung seiner Hinweispflicht erleichtert. Zudem wird die mündliche Verhandlung der Achtung vor der Menschenwürde am besten gerecht und ist am ehesten geeignet, Vertrauen in die Rechtsprechung zu erzeugen.¹³⁶ Man hat die mündliche Verhandlung daher mit Recht

W. Wolf, JR 1965, 87 (90); Jansen, S. 20 f.; Kenneweg, S. 111; Waechter, Betrieb 1971, 289 (290); Schultze-Rhonhof, S. 5; Lesser, DRiZ 1960, 420; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 11; Reiner, S. 88; Scheld, Rpfleger 1974, 212; Arndt, NJW 1959, 1297 (1298); Hamann, AnwBl. 1958, 141 (148); W. Bernhardt, § 23 IV; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 4; Jauernig, 19. Aufl., § 29 II; Granderath, MDR 1972, 828 (831); Rüping, S. 112; Kollhossner, S. 98; Jünemann, S. 49; Behrendt, S. 17; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1032); Ule, VwPR, § 30 I; Kopp, AöR 106, 604 (625); Rumpel, S. 10; Jacobi, S. 105; Hamann, Art. 103 Anm. B 1 c; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; ebenso bereits Prager, AcP 133, 143 (161); für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 4, 208 f.; einschränkend Piesker, BB 1961, 890: wenn die Verfahrensordnung fakultative mündliche Verhandlung vorsehe, dürfe ein dahingehender Antrag nicht abgelehnt werden.

134) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 97; Behrendt, S. 8; Pieck, S. 80; Röhl, NJW 1964, 273 (275).

135) In diesem Sinne auch v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (850); Kenneweg, S. 111; Jansen, S. 21; Habscheid, JR 1958, 361 (365); B. Werner, S. 76; Rumpel, S. 11 f.

136) BFH 74, 151 (153).

"die unmittelbarste, historisch und psychologisch bestens bewährte Form" der Gewährung rechtlichen Gehörs¹³⁷ genannt.

Hieraus erklärt sich auch, daß die ZPO für das Urteilsverfahren keine Vorschrift über die Gewährung von Gehör enthält: Die kontradiktorische Form der mündlichen Verhandlung garantiert im Regelfall, daß sich die Parteien hinreichend äußern können.¹³⁸

b) Unterlassung vorgeschriebener mündlicher Verhandlung

Daraus, daß das rechtliche Gehör keine mündliche Verhandlung gewährleistet, hat das BVerfG¹³⁹ gefolgert, ein Unterlassen gesetzlich vorgeschriebener mündlicher Verhandlung sei nicht in jedem Fall eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, und hat damit Zustimmung bei einem Teil der Literatur gefunden.¹⁴⁰ Diese Ansicht verdient keine Billigung. Wenn mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, wird das rechtliche Gehör nur mündlich ausreichend gewährt, und durch einen Verstoß ist zugleich¹⁴¹ das Äußerungsrecht verletzt.¹⁴² so etwa, wenn das Gericht im schriftlichen Verfahren nach § 128 II ZPO entscheidet, wobei es irrtümlich das Einverständnis der Parteien annimmt, oder wenn das Einverständnis nicht wirksam erklärt ist. Es steht dabei außer Frage, daß der Gesetzgeber einen weiten Spielraum hat, für welche Verfahren er mündliche Verhandlung vorschreiben will; wenn er aber diese Entscheidung getroffen hat, dann darf sich die Partei auch darauf verlassen, daß ihr eine Äußerungsgelegenheit in dieser Form gewährt wird.

137) Spitaler, FinRdsch. 1954, 50.

138) Planck, I S. 246; Röhl, NJW 1953, 1531 (1532); Kurth, S. 39 f.

139) BVerfG 9, 231 (266); ebenso BVerfG, 2 BvR 978/80, 11.9.1980, unveröffentlicht, mitgeteilt bei Kopp, AöR 106, 604 (625).

140) Kenneweg, S. 111; Kurth, S. 122, 156; Behrendt, S. 18; Krüger, DÖV 1962, 744 (746); Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV g 1; Wächter, Betrieb 1971, 289 (290); Leonhard, Rpfleger 1964, 37 (38); ebenso BVerwG, DVBl. 1981, 685.

141) Vgl. zum Zusammenhang zwischen der Verletzung des einfachen Verfahrensrechts und des rechtlichen Gehörs u. § 19 III 2 a.

142) Wie hier Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4 A; Röhl, NJW 1953, 1531 (1532); Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60; Aumüller, S. 19; Burkhardt, MDR 1957, 388 (389); Klinger, § 101 VwGO Anm. D I a; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 11; BVerwG 7, 230, 11, 328 (329) und 22, 271 (273); ebenso für das schweizerische Recht: Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 117.

Die praktische Bedeutung dieser Entscheidung ist nicht besonders groß. Wenn ein Beteiligter schon schriftlich alles vorgetragen hat, was er vortragen wollte, so ist das rechtliche Gehör zwar verletzt, die Entscheidung kann aber nicht auf dem Verstoß beruhen. Wird dem Beteiligten aber durch das Unterlassen mündlicher Verhandlung eine abschließende Stellungnahme unmöglich gemacht, dann wird einhellig eine Verletzung des rechtlichen Gehörs angenommen. Das ist dann der Fall, wenn das Gericht zunächst eine Augenscheinseinnahme durch Ortsbesichtigung beabsichtigt, dann aber umdisponiert, den Beweisbeschluß aufhebt und so gleich entscheidet. Hier darf es die Parteien nicht mit einem Urteil überraschen, sondern muß ihnen Gelegenheit geben, abschließend zum Verfahren Stellung zu nehmen und sich auf die Veränderung der Verfahrenslage einzustellen.¹⁴³ Ähnlich ist es, wenn eine gesetzlich vorgeschriebene mündliche Verhandlung nach Beweisaufnahme unterbleibt.¹⁴⁴

c) Teilnahmerecht an mündlicher Verhandlung

Aus der Möglichkeit schriftlicher Äußerung ist auch nicht zu folgern, daß das Abschneiden der Möglichkeit, an einer mündlichen Verhandlung teilzunehmen, kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör wäre. Wenn eine mündliche Verhandlung stattfindet, muß die Partei auch Gelegenheit haben, daran teilzunehmen.¹⁴⁵ Es ist daher ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör, wenn vor einem ersuchten Richter eine Zeugenvernehmung stattfindet, von der die Parteien keine Kenntnis hatten.

d) Erfordernis mündlicher Verhandlung in Ausnahmefällen

In Ausnahmefällen kann das Recht auf Äußerung aber nur in einer mündlichen Verhandlung effektiv gewährt werden. Das ist beispielsweise dann der Fall, wenn sich bei kompliziertem Streitstoff die Parteien nur mündlich, nicht aber durch Schriftsätze, ausreichend äußern können. Die Ablehnung eines Antrags auf mündliche Verhandlung ist dann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.¹⁴⁶

143) BVerwG 17, 172 (173) und 18, 315 (317); BVerwG, NJW 1965, 413; OLG Köln, JMBINRW 1981, 101; Kenneweg, S. 82; Eyermann-Fröhler, § 138 VwGO Rdnr. 4; E. Schneider, MDR 1968, 721 (726); Behrendt, S. 18.

144) BVerwG 22, 271; Ule, VwPR, § 30 I; Behrendt, S. 18.

145) BVerwG 11, 328; Dahs, S. 119 f.; Röhl, NJW 1964, 273 (275 f.); a. A. für den Strafprozeß: BVerfG, NJW 1965, 147 mit abl. Anm. von Arndt.

146) BFH 58, 239 (240); VGH Mannheim, ESVGH 1, 53 (62); Arens, Rdnr. 36; Kurth, S. 121; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 72; Baur, AcP 153, 393 (395); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368); A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 4; Rüping, S. 112; Kolb, S. 54; Jünemann, S. 49; Jansen, S. 21; Keidel, S. 142; Ule, VwPR, § 30 I; Röhl, NJW 1958, 1268 (1270); Kenneweg, S. 112; Reiner, S. 89 (Fn. 1); Jacobi, S. 105 f.; Hartz, Betrieb 1954, 92; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 32.

Ähnlich ist es, wenn eine Person nach ihrem Bildungsstand und ihrer geistigen Entwicklung nicht in der Lage ist, ihre Stellungnahme in ausreichender und hinreichend verständlicher Form schriftlich niederzulegen. Auch hier muß mündlich verhandelt werden.¹⁴⁷

Der umgekehrte Fall (Verweigerung schriftlicher Äußerung, stattdessen Ladung zu mündlicher Verhandlung) kann im Zivilprozeß nicht praktisch werden, da die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet wird und im Termin ein Vertreter erscheinen kann. Daher kann selbst eine ermessensfehlerhafte Anordnung des Erscheinens einer weit vom Gerichtsort entfernt wohnenden Partei nach § 141 ZPO das rechtliche Gehör nicht verletzen.

3. Die Verfahrenssprache

Das Äußerungsrecht der Partei kann auch dadurch beeinträchtigt werden, daß sie sich deswegen nicht effektiv am Verfahren beteiligen kann, weil sie die Sprache, in der das Gericht verhandelt, nicht versteht. Das rechtliche Gehör fordert, daß niemandem aus diesem Grund ein Nachteil entstehen darf.¹⁴⁸

a) Mündliche Verhandlung

Das gilt im besonderen, wenn eine mündliche Verhandlung stattfindet. Ohne einen Dolmetscher kann eine Person, die der deutschen Gerichtssprache (§ 184 GVG) nicht mächtig ist, zu den Tatsachen, Beweisergebnissen und Rechtsfragen, die sich in der mündlichen Verhandlung ergeben, nicht Stellung nehmen, und selbst, wenn sie sie kennt, kann sie keinen Einfluß auf das Verfahren nehmen, weil das Gericht sie nicht versteht. Der Anspruch auf einen Dolmetscher (§ 185 GVG) ist daher zugleich ein Gebot des rechtlichen Gehörs.¹⁴⁹

147) So wird es etwa in der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor Anordnung einer Gebrechlichkeitspflegschaft oder einer vorläufigen Vormundschaft regelmäßig sein, vgl. Keidel, S. 143 und Jansen, S. 21.

148) BVerfG 40, 95 (98 f.).

149) BVerwG, BayVBl. 1982, 349; BayObLG, DVBl. 1977, 113 (115); BSG, SGB 1958, 277; LAG Düsseldorf, EzA § 794 ZPO Nr. 4; Kolb, S. 54; Schorn, Menschenwürde, S. 89; Eyermann-Fröhler, § 55 VwGO Rdnr. 16; Seidel, S. 59 f.; Dürig, AöR 81, 117 (129); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 79; Rumpel, S. 144 f.; Thieme, Festschrift für Hugelmann, II S. 631 (659 f.); Kenneweg, S. 126; Röhl, NJW 1964, 273 (276); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 185 GVG Anm. 1 A; Zeller-Stöber, § 1 Rdnr. 58; Kühne, Festschrift für Schmidt, S. 33; a. A. Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 49.

Die Bestellung eines Dolmetschers muß aber nur dann erfolgen, wenn sie zur Wahrnehmung des Gehörsrechts tatsächlich erforderlich ist. Zwar kann die Partei auf die Beiziehung des Dolmetschers nicht verzichten.¹⁵⁰ Wenn sie aber einen der deutschen Sprache mächtigen Vertreter hat, ist die Beiziehung auch dann nicht notwendig, wenn die Partei selbst an der Verhandlung teilnimmt.¹⁵¹ Die dadurch verursachten Kosten sind nicht notwendig, die Partei wird die Bestellung des Dolmetschers vielmehr als Mißtrauen in ihren Vertreter oder Beistand auffassen. Erscheint daher ein ausländischer Arbeitnehmer mit seinem deutschen Ehegatten als Beistand, so sollte ein Dolmetscher nur beigezogen werden, wenn dies von ihm ausdrücklich gewünscht wird.

b) Schriftsätze in fremder Sprache

Aus § 184 GVG entnahm die bis vor kurzem überwiegende Meinung, daß Schriftsätze in einer fremden Sprache völlig unbeachtlich seien und keine Fristen wahrten. Die Gerichte könnten erwarten, in deutsch angegangen zu werden.¹⁵² Diese Auslegung wird aber der Bedeutung des Äußerungsrechts nicht gerecht, denn eine derartig weitgehende Sanktion ist nicht gerechtfertigt. § 184 GVG bedeutet lediglich, daß die Gerichte nicht verpflichtet sind, Entscheidungen in einer dem Deutschunkundigen verständlichen Sprache bekanntzugeben.¹⁵³ Eine fremdsprachliche Eingabe ist dagegen erst dann als unbeachtlich anzusehen, wenn das Gericht eine im konkreten Fall angemessene Frist zur Vorlage einer Übersetzung gesetzt hat und die Übersetzung nicht fristgemäß vorgelegt wird.¹⁵⁴ Die ausdrückliche Regelung für das Steuerverwaltungsverfahren (§ 87 IV AO) sollte auch in den anderen Verfahrensarten Anwendung finden. Bedeutung hat die hier befürwortete Regel vor allem dann, wenn mit der fremdsprachlichen Eingabe eine Frist gewahrt werden sollte. Hier versteht es sich von selbst, daß die zu setzende Frist nicht vor der Frist enden darf, die mit der Einreichung des fremdsprachlichen Schriftstücks gewahrt werden soll.

150) Kissel, § 185 GVG Rdnr. 6.

151) Ähnlich Lässig, Deutsch, S. 99 f.; a. A. Wieczorek, 2. Aufl., § 185 GVG Anm. A I; OLG Frankfurt, NJW 1952, 1310; LAG Düsseldorf, EzA § 794 ZPO Nr. 4.

152) RG 31, 428 (429); BGH, NJW 1982, 532; OLG Koblenz, FamRZ 1978, 714; KG, JR 1977, 129; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 184 GVG Anm. 1; ebenso für die Schweiz Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (342).

153) Lässig, Deutsch, S. 101; E. Schneider, MDR 1979, 534 (535 f.).

154) Lässig, Deutsch, S. 100; Jessnitzer, Dolmetscher, S. 62 f.; OLG Frankfurt, NJW 1980, 1173; BayVGh, NJW 1976, 1048; LG Berlin, JR 1961, 384; ebenso, wenn auch ohne Begründung aus dem rechtlichen Gehör: Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 23 III; E. Schneider, MDR 1979, 534 (535); für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 210.

Es wäre auch schwer verständlich, wenn eine Einspruchsschrift gegen ein Versäumnisurteil in holprigem Ausländerdeutsch ("Urteil nix gut; müssen machen kaputt") fristwährend wäre, nicht dagegen eine Eingabe, die dasselbe in einer - dem Richter möglicherweise sogar bekannten - Fremdsprache aussagt.¹⁵⁵

Das BVerfG hat sich zur Frage der Fristwahrung durch fremdsprachliche Schriftsätze bisher nicht geäußert. Daß es nicht anders entscheiden würde, legt eine Entscheidung zum Wiedereinsetzungsrecht nahe. Das BVerfG hielt es hier mit dem rechtlichen Gehör für unvereinbar, daß einem Ausländer als Verschulden angerechnet wird, daß er sich innerhalb der Einspruchsfrist keine Kenntnis vom Inhalt eines gegen ihn ergangenen Strafbefehls verschaffen konnte.¹⁵⁶

Weitere Forderungen stellt das Recht auf Äußerung freilich nicht auf. Wird die Übersetzung nicht fristgemäß beigebracht, so ist erst der Eingang der Übersetzung als maßgeblich anzusehen;¹⁵⁷ ist das eingereichte Schriftstück eine Klageschrift, so muß die Klage als nicht ordnungsgemäß erhoben abgewiesen werden. Die Gerichte sind nicht verpflichtet, sich selbst um die Übersetzung des Schriftstücks zu bemühen. Geht vor der Klageabweisung allerdings noch eine Übersetzung ein, so ist es sachgerecht, diese nicht als nach § 230 ZPO präkludiert anzusehen, sondern die Übersetzung als neue Klageschrift zu behandeln, die das Verfahren mit ihrem Eingang anhängig macht.¹⁵⁸ Es ist eine ausreichende Sanktion, daß die fremdsprachige Klageschrift keine fristwahrende oder verjährungsunterbrechende Wirkung hat. Dies alles gilt naturgemäß nur für den ersten Schriftsatz, der in einem Verfahren eingereicht wird. Späteres Vorbringen kann ohne weiteres präkludiert werden, wenn es nicht in deutscher Übersetzung beigebracht wird; die Partei weiß ja nun, daß sie selbst für eine Übersetzung sorgen muß, wenn sie von ihrem Äußerungsrecht Gebrauch machen will.

155) Ebenso E. Schneider, MDR 1979, 534 (535).

156) BVerfG 40, 95 (98 f.).

157) Die gleiche Regelung enthält § 87 IV 2 AO.

158) Lässig, Deutsch, S. 101.

In den sozialistischen Staaten wird dem Recht, sich in der Muttersprache zu äußern, größere Bedeutung beigemessen. So enthalten die Verfassungen Albaniens (Art. 84), Rumäniens (Art. 102 II), Nordkoreas (Art. 87 II Verf.), der Mongolei (Art. 69), Vietnams (Art. 102),¹⁵⁹ Jugoslawiens (Art. 157),¹⁶⁰ der Volksrepublik China (Art. 77) und der Sowjetunion (Art. 110)¹⁶¹ ausdrücklich die Garantie des Gebrauchs der Muttersprache vor Gericht und eines Dolmetschers, wenn diese Sprache nicht die Gerichtssprache ist. Eine ähnlich weitgehende Regelung besteht in Kanada für die Provinz Quebec (§ 133 Canada Act).¹⁶² Dagegen garantiert Art. 6 EMRK das Recht auf einen kostenlosen Dolmetscher nur für den Strafprozeß.¹⁶³

VIII. Rechtliches Gehör und Anwaltsvertretung

Die wohl wichtigste Frage der Form der Gewährung des Äußerungsrechts ist die nach dem Recht, sich durch einen Anwalt bei der Ausübung des Rechts vertreten zu lassen und der Zulässigkeit einer gesetzlich angeordneten Pflicht, dies zu tun.

1. Recht auf Äußerung durch einen Anwalt?

Die Garantie des rechtlichen Gehörs sagt nicht, in welcher Form man von seinem Äußerungsrecht Gebrauch machen kann. Aus diesem Grund besteht kein allgemeines Recht, sich vor Gericht gerade durch einen Anwalt äußern zu dürfen.¹⁶⁴

Den Gegnern dieser Auffassung ist zuzugeben, daß es natürlich Prozeßsituationen geben kann, wo das rechtliche Gehör weitgehend wertlos ist, wenn der Bürger nicht die Möglichkeit hat, die Hilfe eines Anwalts in Anspruch zu nehmen, besonders dann, wenn der Betroffene zu einer sachgemäßen Stellungnahme nicht in

159) Englische Übersetzungen bei Peaslee, III 17 und 783; II 571, 761 und 1214.

160) Stalev, Fundamental Guarantees, S. 355 (389 f.).

161) Deutsche Übersetzungen bei Franz, S. 114 und 576.

162) Watson, Fundamental Guarantees, S. 193, 207.

163) Vgl. aber auch Matscher, öZöfRVölkR 31, I (31).

164) BVerfG 9, 124 (132); 31, 297 (301) und 306 (308); 38, 105 (118); 39, 156 (168); BVerfG, NJW 1965, 147; BVerwG 51, 111 (112); 53, 146 (153); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 8; Leonhard, Rpfleger 1964, 37 (40); Röhl, NJW 1964, 273 (278); Kolb, S. 56; Kenneweg, S. 47; Schwartz, S. 47; v. Münch-Rauball, Art. 103 Rdnr. 5; Berkemann, JZ 1979, 545 (549); Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV a 3; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 10; a. A. Kopp, § 67 VwGO Rdnr. 2 und AöR 106, 604 (619); Rausche, S. 60; R. Schneider, NJW 1977, 873 (874); Ule, DVBl. 1959, 537 (544); für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 219; im Ergebnis ablehnend auch Kissel, § 16 Rdnr. 75.

der Lage ist, weil es um Rechtsfragen geht und der Beteiligte rechtsunkundig ist.¹⁶⁵ So wäre ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör anzunehmen, wenn die Vertretung durch Anwälte in der Revisionsinstanz ausgeschlossen würde. Ein Ausschluß des Vertretungsrechts kommt daher nur in engen Grenzen in Betracht.

Die Frage erlangte vor allem unter den früheren Fassungen des Arbeitsgerichtsgesetzes Bedeutung. Das ArbGG vom 23. 12. 1926 schloß Rechtsanwälte als Prozeßbevollmächtigte vor den Arbeitsgerichten völlig aus. Diese - bereits damals heftig umstrittene - pauschale Lösung würde dem Recht auf Äußerung nicht genügen. Das BVerfG hat sie nicht mehr zu überprüfen gehabt.

Durch das ArbGG vom 3. 9. 1953 wurde diese Regelung nur für Streitwerte bis 300 DM übernommen und auch eine Zulassungsmöglichkeit geschaffen, wenn die Wahrung der Rechte der Parteien dies notwendig erscheinen ließ. Diese Lösung gewährleistet eine effektive Äußerungsmöglichkeit und begegnet daher keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.¹⁶⁶

Das ArbGG vom 2. 7. 1979 enthält keine Einschränkung des Vertretungsrechts mehr; die durch einen Rechtsanwalt vertretene Partei erhält ihre Kosten allerdings auch dann nicht erstattet, wenn sie obsiegt (§ 12 a I 1 ArbGG).

Hat sich ein Anwalt bestellt, so ist ihm auch Gelegenheit zur Teilnahme an einer mündlichen Anhörung zu geben. Es ist gerade der Zweck der Vertretung durch einen Rechtsanwalt, daß dieser die in Betracht kommenden Erklärungen, Anträge und Anregungen an das Gericht herantragen soll; der Beteiligte darf darauf vertrauen, daß auch seinem Verfahrensbevollmächtigten Gelegenheit zur Teilnahme und Stellungnahme gegeben wird.¹⁶⁷

Zu weit dürfte es allerdings gehen, aus der Tatsache, daß in bestimmten Fällen das rechtliche Gehör erst durch Vermittlung eines Anwalts effektiviert wird, herauszulesen, daß Art. 103 I GG eine institutionelle Garantie der Anwaltschaft enthalte.¹⁶⁸ Über die Form, in der das Recht auf Äußerung ausgeübt werden kann, ist - wie mehrfach herausgestellt - dem Anspruch auf rechtliches Gehör nichts zu entnehmen.¹⁶⁹

165) A. Arndt, NJW 1959, 1297 (1300); Seidel, S. 45; Kopp, AöR 106, 604 (622); Dahs, S. 53; für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 219.

166) BVerfG 31, 297 und 306. Die EKMR (bei Cappelletti-Cohen, S. 458) hat diese Entscheidung bestätigt; kritisch Kissel, § 16 Rdnr. 75.

167) BayObLG, Rpfleger 1980, 148.

168) So A. Arndt, NJW 1959, 6 (8) und 1297 (1300); NJW 1965, 147; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 29 II 1; Kolb, S. 44 f. (mit Begründung aus dem Anwaltszwang); R. Schneider, NJW 1977, 873 (877); Möhring-Nirk, 25 Jahre BGH, S. 305 (314).

169) Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1043); Heck, S. 91; Schwartz, S. 47; kritisch auch Rüping, S. 140; Ortlieb, S. 30; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 78 (Fn. 5).

2. Anwaltszwang

Die Frage erscheint unter umgekehrten Vorzeichen, wenn eine Prozeßordnung, wie die ZPO in den §§ 78 und 78a - für bestimmte Verfahren vor bestimmten Gerichten die Vertretung durch einen Anwalt vorschreibt.

Ob der Anwaltszwang eine innere Rechtfertigung hat, ist seit jeher umstritten gewesen. Er wurde, nachdem 1833 in Preußen die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gericht eingeführt worden war, bereits 1844 von Savigny gefordert, aber von der Regierung abgelehnt, weil er dem Bestreben nach Beschleunigung der Prozesse und Verminderung der Kostenlast zuwiderlaufe.¹⁷⁰ Auch nach Inkrafttreten der CPO, die den Anwaltszwang vor den Kollegialgerichten eingeführt hatte, wurde Kritik hieran geübt, weil der Sachverhalt bei einer Anwaltsverhandlung ungenügend erforscht werde und zu einer Prozeßhörigkeit der Parteien führen würde,¹⁷¹ aber auch verteidigt, weil er sich bewährt habe und unentbehrlich sei.¹⁷² Es mag in der Tat bezweifelt werden, ob sich die Erwartungen des Entwurfs der CPO, der Anwaltszwang diene "der Verhütung unüberlegt und unrichtig begonnener und geführter Prozesse"¹⁷³ und vermeide die Gefahr, "daß durch die Leidenschaftlichkeit und Rechtsunkunde der verhandelnden Parteien die Lage der Sache verdunkelt, die Erkenntnis des Rechts erschwert, der Ernst und die Würde der gerichtlichen Verhandlung verletzt werden"¹⁷⁴ könne, erfüllt hat.

Nach dem Inkrafttreten des GG wurde die Vereinbarkeit des Anwaltszwangs mit mehreren Verfassungsbestimmungen bezweifelt.¹⁷⁵ Genannt wurden die Art. 1 I, 2 I, 3 I. Auf die Vereinbarkeit mit diesen Bestimmungen kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.¹⁷⁶ Aber auch die Vereinbarkeit mit Art. 103 I GG ist verneint worden. So meint Husmann, jeder Bürger habe nach dem Inhalt dieser Vorschrift einen echten Anspruch darauf, daß der Richter ihm Gehör schenke, also ihn persönlich anzuhören habe. Das bedeute, daß der Richter das, was der rechtsuchende Bürger vortrage, bei der Entscheidung des Falls verwerten müsse, was § 78 ZPO gerade verbiete.¹⁷⁷ Da Art. 103 I GG keinen Gesetzesvorbehalt habe, sei für eine einschränkende Auslegung dahin, daß der Richter nur über einen zugelassenen Anwalt Gehör finden dürfe, kein Raum.¹⁷⁸

170) Weißler, S. 367 f.

171) Josef, DRiZ 1912, 321 (323); Reichert, DRiZ 1912, 613 (646 f.); Nordhausen, DRiZ 1912, 716 (718); Saar, DRiZ 1914, 353 (354).

172) Levin, S. 99; Magnus, S. 8.

173) Hahn, S. 185.

174) Hahn, S. 186.

175) Sauer, DRiZ 1970, 293; Husmann, Betrieb 1970, 2305 (2309) und DRiZ 1971, 311.

Diese Ansicht ist allerdings vereinzelt geblieben. Das BVerfG¹⁷⁹ und die ganz überwiegende Meinung¹⁸⁰ bejahen die Verfassungsmäßigkeit des Anwaltszwangs, weil das Recht auf Äußerung dadurch nicht eingeschränkt, sondern nur eine besondere Form der Wahrnehmung vorgeschrieben sei. Die Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Anwaltszwangs überzeugen nicht. Ebenso wie dem Äußerungsberechtigten die Form der Äußerung und die Fristen, innerhalb derer er sich zu äußern hat,¹⁸¹ vorgeschrieben werden können, kann er auch verpflichtet werden, sich eines Anwalts zu bedienen, wenn er nur überhaupt zu Wort kommen kann. Die Notwendigkeit persönlichen Gehörs der Beteiligten, wie sie die Gegenmeinung behauptet, ist Art. 103 I GG nicht zu entnehmen. Daß eine Abschaffung des Anwaltszwangs in erster Instanz¹⁸² dem Verfassungsgebot des rechtlichen Gehörs noch besser gerecht werden würde, ist eine andere, hier nicht weiter zu vertiefende Frage.

Gehör im Anwaltsprozeß findet die Partei freilich nur dann, wenn sie auch einen Anwalt findet, der bereit ist, sie zu vertreten. Wenn es ihr also trotz zumutbarer Bemühungen¹⁸³ nicht gelingt, am Gerichtsort einen Anwalt zu finden, der bereit ist, den beabsichtigten Prozeß zu führen, fordert das rechtliche Gehör, daß ihr das Gericht einen beordnet. § 78 b ZPO ist daher ein Gebot des rechtlichen Gehörs.

176) Es erscheint allerdings sehr zweifelhaft, ob sich eine dem Willkürverbot des Art. 3 I GG genügende sachliche Rechtfertigung etwa dafür finden läßt, daß die Familiensachen des § 621 Nr. 8 ZPO vor dem Amtsgericht immer dann dem Anwaltszwang unterliegen, wenn der Streitwert mehr als 5000 DM beträgt, dagegen nicht, wenn diese Summe nicht überschritten wird, obwohl in beiden Fällen das gleiche Gericht zuständig ist und das Verfahren nach denselben Regeln abläuft.

177) Husmann, Betrieb 1970, 2305 (2309 f.).

178) Gegen die ohne Anwalt erschienene Partei ergeht Versäumnisurteil, da sie keinen wirksamen Antrag stellen kann.

179) BVerfG 35, 41 (63) und AP Art. 103 GG Nr. 32.

180) BayVerfGH 6, 136 (140 ff.); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 a; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 b; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 74 f.; Schwartz, S. 46; Kurth, S. 64; Röhl, NJW 1953, 1531 (1533) und 1958, 1268 (1274); Granderath, MDR 1972, 828 (831); A. Arndt, NJW 1959, 1297 (1298); Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV g 6; Kolb, S. 56; Aumüller, S. 25; Bergerfurth, Rdnr. 37; Ortlieb, S. 68; Jünemann, S. 50; Kenneweg, S. 115; Grundmann, DRiZ 1970, 353 (354); Ule, DVBl. 1959, 537 (545); im Ergebnis ebenso Kissel, § 16 GVG Rdnr. 75; für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 219 für die EMRK; Matscher, öZöfRVölkr 31, 1 (29).

181) Zu den Äußerungsfristen vgl. u. § 10 I 1.

182) Dies befürwortet Jauernig, 19. Aufl., § 16 I.

Die Äußerungsmöglichkeit der Partei darf aber wegen des Verbots, sie zum Objekt des Verfahrens zu machen, nicht völlig aufgehoben werden. Dem trägt § 137 IV ZPO Rechnung, der die Partei neben ihrem Prozeßbevollmächtigten zu Wort kommen läßt; ihre tatsächlichen Ausführungen sind auch im Anwaltsprozeß zu berücksichtigen.¹⁸⁴ Ein Verstoß gegen § 137 IV ZPO verletzt die Beteiligten daher zugleich in ihrem Äußerungsrecht.¹⁸⁵

Unvereinbar mit dem Recht auf Äußerung ist daher § 187 II GVG, der es dem Ermessen des Gerichts überläßt, ob einer des Deutschen unkundigen Partei der Vortrag zu gestatten ist. Wenn das Gericht es ablehnt, ihr Ausführungen zu erlauben, hätte sie keinerlei Möglichkeit, zu Wort zu kommen.¹⁸⁶

Da der Anwaltszwang mit dem Äußerungsrecht vereinbar ist, bestehen aber keine Bedenken gegen die Zurückweisung eines Prozeßvertreters nach der Vorschrift des § 157 ZPO, wenn es diesem an der Fähigkeit zu sachgemäßem Vortrag mangelt.¹⁸⁷

3. Die Zurechnung des Anwaltsverschuldens

Bedenken unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs begegnet hingegen § 85 II ZPO, der das Verschulden des Anwalts im Prozeß der Partei zurechnet. Für den Parteiprozeß ist diese Bestimmung allerdings nicht zu beanstanden: Der Partei steht es frei, den Prozeß selbst zu führen; beauftragt sie einen Anwalt, dann muß sie sich dessen Verschulden zurechnen lassen, weil ja auch ihre eigenen Fehler sie selbst treffen würden. Hier ist die Regelung auch sachgerecht, weil andernfalls die vertretene Partei eine nicht zu rechtfertigende Besserstellung gegenüber der nicht vertretenen erlangen würde.¹⁸⁸

183) Vgl. dazu OLG Rostock, RsprOLG 5, 221; Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 78 b Rdnr. 5.

184) BGH, Z郑 71, 104; RG 10, 423 (424).

185) Baumbach-Lauterbach-Albers.Hartmann, 41. Aufl., § 137 Anm. 4; Rumpel, S. 57; Skonietzki-Gelpcke, vor § 128 Anm. 2 A a; Krüger, DÖV 1962, 744 (745); Röhl, NJW 1964, 273 (278); Kurth, S. 65; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (362); A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 4; BayVerfGH 14, 47; offen gelassen in BayVerfGH 6, 136 (142); einschränkend Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 a; zu eng auch BayVerfGH 23, 177 (178: "nur in Ausnahmefällen"); ganz ablehnend Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV a 4; vgl. auch Rüping, S. 140 mit Nachweisen aus der strafprozessualen Literatur und für Italien Trockner, Z郑 91, 237 (261).

186) Wie hier Rumpel, S. 145.

187) BVerwG 19, 339 f.; Kenneweg, S. 118.

188) Insofern richtig Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, S. 85.

Anders ist es im Anwaltsprozeß: Hier ist die Partei gezwungen, einen Anwalt zu beauftragen, da sie anders überhaupt kein Gehör finden würde. Verschuldet nun der Anwalt die Versäumung einer Frist, so ist Wiedereinsetzung für die Partei ausgeschlossen, und sie hat keine Äußerungsmöglichkeit gehabt, ohne daß sie daran ein Verschulden träfe. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist dies hinzunehmen. Hier erleidet die Partei zwar im Erstprozeß einen Rechtsnachteil, kann ihren Anwalt jedoch auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens in Anspruch nehmen. Hier rechtfertigt das Interesse an der Einhaltung prozessualer Fristen die Zurechnung des Verschuldens. Nur dort kann auf einer hinreichend frischen Entscheidungsgrundlage verfahren werden, wo die Beweise noch verfügbar sind, der Sachverhalt den Beteiligten noch im Gedächtnis haftet, neuauftretende Gesichtspunkte noch nachträglich aufgeklärt und erforderliche weitere Beweismittel noch beschafft werden können.¹⁸⁹ Insofern ist die beschleunigte Verfahrensdurchführung gerade ein Gebot des rechtlichen Gehörs.¹⁹⁰

Diese Überlegung kann aber bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten nicht ausschlaggebend sein. Wo es um Statusfragen, um die Anfechtung der Ehelichkeit, um Scheidung, Entmündigung oder um die Unterlassung ehrenrühriger Behauptungen geht, kann der Vertreter, wenn durch sein Verschulden Fristen versäumt und daher der Prozeß falsch entschieden worden ist, keinen gleichartigen oder gleichwertigen Ersatz leisten. Hier ist eine Zurechnung des Anwaltsverschuldens zugleich eine Verletzung des Rechts auf Äußerung. Das BVerfG hat die hier vertretene Ansicht, die sich - freilich mit anderer Begründung - auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung findet,¹⁹¹ allerdings abgelehnt.¹⁹²

189) Vgl. BVerfG 60, 253 (271).

190) Vgl. dazu u. § 10 III.

191) VG Stuttgart, NJW 1982, 541; LG Tübingen, NJW 1977, 1693 mit zust. Anm. von Grunsky.

192) BVerfG 35, 41 mit abweichender Meinung von v. Schlabrendorff, BVerfG 35, 51 hat für § 232 II a. F. ZPO (heute § 85 II ZPO) entschieden, die Vorschrift verletze Art. 103 I GG auch insoweit nicht, als sie in Kindersachssachen das Anwaltsverschulden der Partei zurechne. BVerfG 60, 253 hält es für verfassungsgemäß, daß in Asylsachen dem Asylbewerber das Verschulden seines Anwalts zugerechnet wird, ohne das rechtliche Gehör überhaupt zu erwähnen. Auch v. Schlabrendorff, BVerfG 35, 51 hält nicht das rechtliche Gehör für verletzt, sondern zweifelt nur an der Richtigkeit der Argumentation des BVerfG: Es müsse selbst werten, ob ein Konflikt zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit richtig entschieden sei und könne sich hier nicht auf die Prüfung von Willkür zurückziehen.

4. Prozeßkostenhilfe

In engem Zusammenhang mit dem Recht auf oder der Pflicht zur Anwaltsvertretung steht die Gewährung von Prozeßkostenhilfe, um auch einer wirtschaftlich schwachen Partei die Führung eines beabsichtigten Prozesses zu ermöglichen. Es handelt sich nicht nur um ein Problem der Anwaltsvertretung, weil schon die Höhe der Gerichtskosten, die der Kläger zudem teilweise im voraus zu entrichten hat (§ 65 GKG) ein Hindernis sein kann, um vor Gericht Gehör zu finden; die - namentlich bei den Streitwerten des täglichen Lebens - höhere Kostenbarriere stellen aber die Kosten der Anwaltsvertretung dar.

a) Garantie durch das rechtliche Gehör

Der Anwaltszwang ist deshalb keine unzulässige Beschränkung des Rechts auf Äußerung, weil nur eine Form für die Ausübung des Rechts vorgeschrieben wird. Das ist allerdings nur dann richtig, wenn der Partei der Zugang zu dieser Form der Äußerung offensteht. Dies geschieht zum einen durch die Beordnung eines Anwalts, wenn die Partei nicht in der Lage ist, einen vertretungsbereiten zu finden,¹⁹³ zum anderen durch die Gewährung von Prozeßkostenhilfe, die die Partei von den Gerichts- und Anwaltskosten befreit und sie lediglich zur Zahlung von höchstens 48 Monatsraten, die entsprechend ihrem verfügbaren Einkommen festgesetzt werden, verpflichtet (§§ 120, 122 ZPO). Daß es verfassungsrechtlich geboten ist, einer wirtschaftlich schwachen Partei für ein Verfahren, für das Anwaltszwang besteht, Prozeßkostenhilfe zu bewilligen, ist wohl einhellig anerkannt.

Eine ausdrückliche Gewährleistung der Prozeßkostenhilfe enthält in Deutschland allerdings nur Art. 129 S. 1 der hessischen Verfassung:¹⁹⁴ "Niemand darf wegen Unzulänglichkeit seiner Mittel an der Verfolgung seiner Rechtsansprüche gehindert werden." Im Ausland gibt es verfassungsmäßige Garantien der Prozeßkostenhilfe unter anderem in Brasilien (Art. 153 XXXII),^{194a} Italien (Art. 24 III) 194b und Spanien (Art. 119).

Man hat sich dafür vorwiegend auf die Gleichheit der Parteien berufen,¹⁹⁵ die es verbiete, Parteien, die wirtschaftlich so gestellt sind, daß sie die Prozeßkosten erlegen können, besser zu stellen als diejenigen, die es nicht können. Über die Verletzung des Gleichheitssatzes hinaus würde aber, wenn es keine Prozeßkostenhilfe gäbe, zugleich das rechtliche Gehör verletzt sein, da die wirtschaftlich

193) S. o. bei Fn. 183.

194) Text bei Wegener, S. 164.

194a) Text bei Peaslee, IV S. 194 (dort noch Art. 150 XXXII).

194b) Dazu Trocker, S. 334 f.

195) Bötticher, S. 22 f.; BVerfG 2, 336.

schwache Partei nicht in der Lage wäre, sich Gehör zu verschaffen.¹⁹⁶

Diese Möglichkeit ist juristischen Personen abgeschnitten, wenn ihre Rechtsverfolgung nicht durch allgemeine Interessen gerechtfertigt ist (§ 116 Nr. 2 ZPO). Da das rechtliche Gehör auch juristischen Personen zusteht,¹⁹⁷ ist diese Einschränkung vor Art. 103 I GG nicht zu rechtfertigen.¹⁹⁸

Die Versuche der Gegenmeinung, in der Gewährung der Prozeßkostenhilfe für beide Parteien¹⁹⁹ oder für den Kläger²⁰⁰ (nur) ein Problem des Justizgewährungsanspruchs zu sehen, vermögen nicht zu überzeugen.²⁰¹ Nicht die Möglichkeit, das Gericht anzurufen, ist der wirtschaftlich schwachen Partei ohne Prozeßkostenhilfe verwehrt, sondern dort Gehör zu finden.

Im Anwaltsprozeß wird der Kläger, wenn er seine Klage persönlich anbringt, abgewiesen; ist die wirtschaftlich schwache Partei Beklagter, so ergeht gegen sie ein Versäumnisurteil; § 331 I ZPO verbietet dem Gericht jedwede Beachtung ihres Vorbringens, nicht einmal Rügen gegen die Zulässigkeit der gegen sie erhobenen Klage (§ 283 III ZPO) kann sie geltendmachen. Aber auch im Parteiprozeß ist die Möglichkeit, Gehör zu finden, ausgeschlossen, selbst wenn die Partei zu eigener sachgemäßer Äußerung imstande ist. Wenn sie vor dem AG gewonnen hat, verliert sie wegen des Anwaltszwangs in der Berufungsinstanz ihren Prozeß (§ 542 II 1 ZPO).

Die Ableitung der Prozeßkostenhilfe aus dem rechtlichen Gehör (neben der unzweifelhaften Grundlage im Gleichheitssatz) ist nicht ohne praktische Bedeutung: Wäre nur der allgemeine Gleichheitssatz verletzt, so könnte die Versagung der

196) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 5 a; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 4; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 75; Jünemann, S. 50; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146); Henckel, ZZP 77, 321 (325); Röhl, NJW 1953, 1531 (1533); R. Schneider, NJW 1977, 873 (874); Schönke-Kuchinke, § 8 III 3; Birkel, § 116 Anm. 2; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 220 und das Zürcher Kassationsgericht, bei Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 111; a. A. Ortlieb, S. 69; Schwartz, S. 50 f.; differenzierend Kurth, S. 65 ff., 148.

197) S. u. § 16 I.

198) Für Verfassungswidrigkeit auch Birkel, § 116 Anm. 2 und, ohne Bezugnahme auf das rechtliche Gehör, Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 114 Rdnr. 85 und Willenbruch, S. 42 f., 45 f.

199) So Schwartz, S. 50 f.; Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 122.

200) So Kurth, S. 65 f.

201) Wie hier Rüping, S. 141.

Prozeßkostenhilfe nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür vom BVerfG nachgeprüft werden, während eine volle Nachprüfung stattfinden kann, wenn es sich um Sicherungen des rechtlichen Gehörs handelt.

Durch das rechtliche Gehör ist aber nur die Gewährung von Prozeßkostenhilfe als solche gefordert. Die jetzt herrschende Rechtsprechung, die es bei drohendem Ablauf der Verjährungsfrist genügen läßt, daß der Antrag auf Prozeßkostenhilfe innerhalb der Verjährungsfrist bei Gericht eingeht, mag auch innerhalb der Frist nicht mehr darüber entschieden und die Klage daher erst nach Fristablauf erhoben werden können,²⁰² ist nicht durch das rechtliche Gehör, sondern nur durch die von Art. 3 I GG geforderte Gleichstellung der bemittelten und der unbemittelten Partei geboten.²⁰³

Auch in Verfahren außer Anwaltszwang und selbst in gebührenfreien Verfahren kann aber die Ablehnung der Prozeßkostenhilfe und Anwaltsbeordnung das rechtliche Gehör verletzen, wenn die Partei selbst zu sachgerechtem Vortrag nicht in der Lage ist. Die effektive Wahrnehmung des Rechts auf Äußerung darf auch hier nicht an der Mittellosigkeit des Beteiligten scheitern.²⁰⁴ Das ist jetzt in § 121 II ZPO anerkannt. "Erforderlich" im Sinne dieser Bestimmung ist die Vertretung durch einen Anwalt dann, wenn auch ein Bemittelter mit der Führung dieses Prozesses einen Anwalt beauftragen würde.²⁰⁵

b) Prüfung der Erfolgsaussicht und Mutwilligkeit

Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf Äußerung muß es hervorrufen, daß Prozeßkostenhilfe nicht gewährt wird, wenn die Sache keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder mutwillig erscheint (§ 114 I 1 ZPO). Unproblematisch ist das Erfordernis mangelnder Mutwilligkeit: Die wirtschaftlich schwache

202) So BGH 70, 235; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 90 VI 1 a (Fn. 90); Anknüpfungspunkt im einfachen Recht ist § 203 BGB.

203) So auch Feuring, MDR 1982, 898 (899).

204) R. Schneider, NJW 1977, 873 (874) und für das schweizerische Recht Reinhardt, S. 220. Die überwiegende Meinung entscheidet freilich anders: BVerfG 9, 124; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 4; Grunderath, MDR 1972, 828 (833); Jünemann, S. 50; vgl. auch BVerfG 27, 57.

205) Pentz, DRIZ 1966, 400 (401).

Partei soll es nicht besser haben als die bemittelte. Wenn eine bemittelte Partei von der Führung des Prozesses Abstand nehmen würde, etwa, weil die Beitreibung des Erstrittenen aussichtslos erscheint, dann besteht auch kein Anlaß, ihn der wirtschaftlich schwachen durch Gewährung von Prozeßkostenhilfe zu ermöglichen. Bei der Erfolgsaussicht liegen die Dinge weniger einfach: Von Parteien, die wohlhabend sind, werden nicht selten Prozesse begonnen, die von vorneherein ohne jede Aussicht auf Erfolg sind; mitunter führen sie dennoch zumindest zu einem teilweisen Obsiegen, weil der Gegner in Verkenntung der Aussichtslosigkeit in einen Vergleich einwilligt. Diese Möglichkeit ist der wirtschaftlich schwachen Partei durch die Prüfung der Erfolgsaussicht verwehrt. Allerdings kann die Erwägung, eine bemittelte Partei würde den objektiv aussichtslosen Prozeß dennoch anstrengen, allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung Bedeutung haben; für die Bejahung der Vereinbarkeit mit dem Recht auf Gehör dürfte das Argument genügen, daß der wirtschaftlich schwachen Partei durch die Gewährung von Prozeßkostenhilfe nicht die Führung (objektiv) aussichtsloser Prozesse ermöglicht werden soll.²⁰⁶

206) Ebenso die fast einhellige Meinung: BVerfG, 1 BvR 392/51, 6. 3. 1952, unveröffentlicht, abgedruckt bei Helmke, Anhang XII; BVerfG 2, 336 (341); 7, 53 (56); 9, 256; BayVerfGH 25, 115 und BayVBl. 1967, 166; OLG Düsseldorf, NJW 1958, 464 (465); OLG Bremen, NJW 1957, 1932; OLG Celle, NJW 1958, 187; BVerwG, MDR 1977, 780; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., §§ 85 III 5 a und 90 III 1; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 4; Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 114 Rdnr. 29; Leibholz-Rinck, Art. 103 Rdnr. 10; v. Münch-Rauball, Art. 103 Anm. 6; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 103 Rdnr. 6; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 76; Schörn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 51; Rumpel, S. 96; Rüping, S. 141; Ule, DVBl. 1959, 537 (544); Granderath, MDR 1972, 828 (833); Kenneweg, S. 171; Aumüller, S. 25 f.; E. Schneider, MDR 1979, 617 (618); Röhl, NJW 1958, 1268 (1273), 1953, 1531 (1534) und 1964, 273 (278); a. A. für den Beklagten Gottwald, ZJP 86, 136 (150, freilich nicht wegen des Rechts auf Gehör, sondern weil eine solche Vorprüfung nicht sinnvoll sei); wohl auch Lorenz, S. 236 f. Helmke, S. 202 ff. meint, die Verweigerung der Prozeßkostenhilfe beeinträchtigt nicht nur im Einzelfall, sondern generell das Recht der beklagten Partei auf Gehör erheblich; dies sei aber eine zulässige Beschränkung des Art. 103 I GG wegen überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter; zur Ablehnung dieser Argumentation s. u. § 15 II 2.

Allerdings ist auf der Seite des Beklagten bei der Annahme von Aussichtslosigkeit äußerste Zurückhaltung geboten. Auf Klägerseite ist die Prüfung der Erfolgsaussicht ein unverzichtbares Mittel, um querulatorische und Scheinprozesse von den Gerichten fernzuhalten;²⁰⁷ ist dagegen schon Klage erhoben, dann sollte der wirtschaftlich schwachen Partei wenigstens im Regelfall der Weg zu einer sachlichen Entscheidung nicht versperrt werden.

Das gilt in besonderem Maß in Statussachen. Im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß,²⁰⁸ im Scheidungsverfahren,²⁰⁹ im Vaterschaftsfeststellungsverfahren²¹⁰ und bei der Aufhebungsklage gegen die Entmündigung²¹¹ ist die Prüfung der Erfolgsaussicht grundsätzlich abzulehnen.

Wenn die Prüfung der Erfolgsaussicht infolge von Subsumtionsfehlern fehlerhaft vorgenommen ist, kommt sie einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs in diesem Fall gleich.²¹²

Ein solcher Fall war in dem der Entscheidung RG 160, 157 zugrundeliegenden Verfahren gegeben. In einem Ehelichkeitsanfechtungsprozeß war ein Beweisbeschluß auf Einholung eines Blutgruppengutachtens erlassen worden; dem Beweisführer wurde die Einzahlung eines Kostenvorschusses aufgegeben, den dieser nicht zu erlegen vermochte. Das von ihm daraufhin beantragte Armenrecht wurde mangels Erfolgsaussicht verweigert. Hier hatte das Gericht durch den Beweisbeschluß zu erkennen gegeben, daß es die unter Beweis gestellte Tatsache für erheblich hielt. Wenn aber der Ausgang des Prozesses vom Beweisergebnis abhing, dürfte das Armenrecht nicht wegen Aussichtslosigkeit verweigert werden.

207) Vgl. etwa ArbG Hamm, Betrieb 1966, 80 (74 Klagen gegen den Arbeitgeber in derselben Sache) und VGH Kassel, NJW 1968, 70 (Kläger, dem das Prozessieren zum Lebensinhalt geworden ist).

208) A. A. OLG Bremen, NJW 1957, 1932; OLG Düsseldorf, NJW 1958, 464; Röhl, NJW 1958, 1268 (1274); Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 51; Erman-Küchenhoff, § 1593 BGB Anm. 4; BVerfG 7, 53 (56) und 9, 256. Mit Recht gewährt OLG Celle, MDR 1983, 323 dagegen dem Beklagten im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß auch dann Prozeßkostenhilfe, wenn er den Antrag auf Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft unterstützen will.

209) OLG Braunschweig, FamRZ 1979, 731; OLG Frankfurt, NJW 1949, 312; a. A. OLG Celle, NJW 1958, 187. Vgl. auch § 625 ZPO, wo es für die Anwaltsbeordnung auf die Erfolgsaussicht nicht ankommt.

210) OLG Hamburg, NJW 1971, 1414.

211) Stein-Jonas-Schlosser, 20. Aufl., § 668 Rdnr. 3; Waldner, NJW 1982, 316 (317); a. A. Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 171 I 3 c; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 668 Anm. 1; OLG Düsseldorf, NJW 1967, 451.

212) Rüping, S. 142; Rumpel, S. 96; Kurth, S. 147; Helmke, S. 193 f.; BGH, LM § 548 ZPO Nr. 2; BVerwG, MDR 1977, 780; a. A. Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; hier seien die Grenzen des rechtlichen Gehörs überschritten.

Die Ansicht, daß die Verweigerung der Prozeßkostenhilfe im Einzelfall eine Verletzung des Rechts auf "fair hearing" darstellt, entspricht auch der überwiegenden Meinung zu Art. 6 I 1 EMRK.²¹³

Auch eine fehlerhafte Bejahung der Mutwilligkeit kann das Äußerungsrecht der Beteiligten verletzen, etwa die Ablehnung der Prozeßkostenhilfe im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß mit der Begründung, wegen der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes sei eine Mitwirkung im Prozeß unnötig und mutwillig, da schon wegen dieses Verfahrensgrundsatzes das richtige Verfahrensergebnis sichergestellt sei.²¹⁴

213) EGMR, bei Cappelletti-Garth-Trocker, RabelsZ 46, 664 (677); Velu, in: Fundamental Guarantees, S. 245 (313); Gottwald, ZZP 89, 136 (137); Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 51; a. A. Mümmeler, JurBüro 1971, 1 (4); LG Rotterdam, RabelsZ 34, 120.

214) BVerfG 7, 53; OLG Celle, JR 1948, 291; OLG Kassel, MDR 1950, 623; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 114 Anm. 3; Helmke, S. 195; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (363); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 5 a; Kenneweg, S. 173; Lorenz, S. 236; E. Schneider, MDR 1979, 617 (618); Kurth, S. 147; Israel, JR 1948, 305; ebenso für das schweizerische Recht Reinhardt, S. 220; zu eng OLG Schleswig, SchlHA 1949, 259 (260). S. auch u. § 12 II 3.

§ 8. Die Pflicht zur Berücksichtigung

Der Anspruch auf rechtliches Gehör erschöpft sich nicht in der Forderung an das Gericht, den Beteiligten ausreichend Gelegenheit zur Äußerung zu geben und eine Entscheidung ohne Anhörung der Beteiligten zu unterlassen. Das Äußerungsrecht ist nämlich wertlos, wenn das Vorgebrachte nicht gewürdigt wird.¹ Das Gericht darf daher das in Ausübung des Äußerungsrechts Vorgebrachte nicht unberücksichtigt lassen.

I. Pflicht zur Kenntnisnahme und Erwägung

1. Die Formel des BVerfG

Das BVerfG² hat diese Pflicht zur Berücksichtigung der Ausführungen der Prozeßbeteiligten in die vom BayVerfGH³ übernommene Formel gefaßt, das Gericht müsse die Ausführungen der Prozeßbeteiligten "zur Kenntnis nehmen und in Erwägung ziehen", und damit fast ungeteilte Zustimmung gefunden.⁴

1) So schon W. Jellinek, S. 343.

2) BVerfG 11, 218 (220); 14, 320 (323); 17, 265 (268); 18, 380 (383); 21, 46 (48) und 102 (103 f.); 22, 267 (273); 25, 137 (140); 27, 248 (251); 28, 378 (384); 29, 166 (173); 34, 344 (347); 36, 92 (97) und 298 (301); 40, 101 (104); 42, 364 (367); 46, 185 (187) und 315 (319); 47, 128 (129) und 182 (187); 48, 394 (395); 49, 212 (215); 50, 32 (35); 51, 188 (191); 54, 43 (45), 86 (91), 94 (97) und 117 (123); 58, 353 (356); 59, 330 (333); 60, 1 (5), 96 (100), 120 (122), 247 (249) und 250 (252); BVerfG, NJW 1982, 2368, NJW 1983, 1307 (1308) und AP Art. 103 GG Nr. 31.

3) BayVerfGH 15, 5; 16, 1 (5); 20, 60 (61); 24, 115; 26, 127 (134); 27, 35 (41); 28, 70 (72); 29, 219 (221); 31, 235 (237) und 238 (240); 32, 13 (16), 71 (73), 104 (105) und 116 (117); 33, 165; BayVerfGH, Rpfleger 1963, 151 und BayVBl. 1981, 529.

4) Ebenso oder ähnlich: Rosenberg-Schwab, § 85 III 1; Jauernig, 19. Aufl., § 29 II; W. Bernhardt, § 23 IV; Jünemann, S. 39; Kolb, S. 57; Rausche, S. 55; Rüping, S. 178; Ortleb, S. 62; Rumpel, S. 31 ff.; Granderath, MDR 1972, 828 (831); Baur, ZPR Rdnr. 52 und AcP 153, 393 (410); Hesse, VerfR, § 14 III 2 d; Kopp, AöR 106, 604 (619); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368); Kurth, S. 83 ff.; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (148); Prager, AcP 133, 143 (154); Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1036 f.); Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 c; Zöllner-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A I 1; Deubner, NJW 1976, 2113 und 1980, 263; Behrendt, S. 21; Seetzen, NJW 1982, 2337; Kissel, Einl. Rdnr. 165; Röhl, NJW 1964, 273 (278); Schorf, Menschenwürde, S. 67; Dahs, S. 38; Gottwald, Revisionsinstanz, S. 151; Eyermann-Fröhler, § 108 VwGO Rdnr. 12; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 93; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 72; Tschira-Schmitt Glaeser, S. 290; Löwe, S. 109; Waechter, Betrieb 1971, 289; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 17; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 5; Hamann, Art. 103 Anm. B 1 a; Kleinknecht-Meyer, Einl. Rdnr. 23; Schultze-Rhonhof, S. 4; Leibholz-Rinck, Art. 103 Rdnr. 6; Schmidt-Bleibtreu, DStR 1968, 167 (173); Pfeiffer, KK, Einl. Rdnr. 14; Vollkommer, Gedächtnisschrift für Bruns, S. 195 (200); Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 52;

Die Gegenmeinung, die annahm, es bestehe keine Pflicht, alles Vorgebrachte zu erwägen, weil auch keine Pflicht bestehe, alles Gehörte zu bescheiden,⁵ hat heute nur noch historische Bedeutung.

Diese positive Forderung aus dem rechtlichen Gehör ist keine erst nach Inkrafttreten des GG gewachsene Erkenntnis. Bereits zum gemeinen Recht meinte Brackenhoeft,⁶ es sei ein Wesensmerkmal des rechtlichen Gehörs, daß der Richter dem ihm dadurch dargebrachten Stoff die gehörige Berücksichtigung schenke. Er zog auch bereits die Konsequenz, daß die Folge eines Mangels des Gehörs, die unheilbare Nichtigkeit der Entscheidung, nicht nur bei unterlassener Anhörung, sondern auch dann eintrete, wenn der Richter dem Vorbringen der Parteien die Berücksichtigung verweigere,⁷ und setzte dazu in Gegensatz die bloß unrichtige Beurteilung des Vorbringens, die er lediglich als Mangel der beurteilenden Tätigkeit ansah.

Maßgebend für die Pflicht zur Berücksichtigung ist dabei der Gedanke, daß der Verfahrensbeteiligte Gelegenheit haben muß, durch einen sachlich fundierten Vortrag die Willensbildung des Gerichts zu beeinflussen.⁸ Nur dadurch gewinnt die Äußerungsmöglichkeit einen Sinn. Ein rein rezeptives Hören beteiligte den Betroffenen nur scheinbar am Verfahren.

2. Der Gegenstand der Berücksichtigungspflicht

Der Umfang dessen, worauf sich die Berücksichtigungspflicht inhaltlich erstreckt, muß an dieser Stelle nicht erneut bestimmt werden. Zu berücksichtigen ist alles, was dem Recht auf Äußerung unterliegt. Es kann daher auf das im letzten Abschnitt Gesagte verwiesen werden.

Grunsky, in: Entscheidungsbegründung, S. 63 (78); BayObLG 1969, 187 (189); KG, OLGZ 1966, 90 (96); OLG Köln, OLGZ 1968, 324 (328); BGHSt. 22, 336 (339); StGH Baden-Württemberg, JZ 1969, 514; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 5, 220; Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 107; Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (327).

5) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2; Skonietzki-Gelpcke, vor § 128 Anm. 2 A; Graf, S. 6; offenbar auch Appelhagen, S. 65 (Fn. 6). Auch Bettermann, ZJP 77, 3 (37) hält es für "sehr zweifelhaft", ob eine Ignorierung des Gehörten eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle. Differenzierend Röhl, NJW 1953, 1531 (1534): es sei nur dann eine Verletzung, wenn das Gericht irrtümlich annehme, die Partei habe eine erhebliche Behauptung nicht aufgestellt (ebenso bereits RG 18, 425, 427 f.; 60, 406, 407; RG, JW 1899, 700; OLG Hamburg, JW 1916, 1551).

6) Brackenhoeft, S. 71.

7) Brackenhoeft, S. 79.

8) BVerfG 22, 114 (119) und 49, 212 (215); Croissant, NJW 1963, 1711 (1712); Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 70 a; Waechter, Betrieb 1971, 289; Schorn, Menschenwürde, S. 67 und EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 28; vgl. auch Baur, AcP 153, 393 (403).

Daß die Berücksichtigungspflicht unabhängig von der Erfüllung einer gerichtlichen Aufforderung besteht, eine ausreichende Anzahl von Abschriften einzureichen,⁹ sollte eigentlich nicht erst einer höchstrichterlichen Entscheidung bedurft haben.

Dagegen muß der Umfang der Berücksichtigungspflicht in zeitlicher Hinsicht noch bestimmt werden, was insbesondere für schriftliche Äußerungen von Bedeutung ist. Zweifelsfrei ist, daß jeder Schriftsatz berücksichtigt werden muß, der innerhalb einer gesetzlichen oder richterlich bestimmten Äußerungsfrist bei Gericht eingeht. Wenn das Gericht eine solche Äußerungsfrist setzt, so spielt es keine Rolle, ob dies prozeßrechtlich zulässig war. Die Partei kann darauf vertrauen, daß die vom Gericht selbst eröffnete Möglichkeit nicht verkürzt wird. Entscheidet das Gericht daher vor Fristablauf oder ohne Berücksichtigung rechtzeitig eingegangener Schriftsätze, so verletzt es das rechtliche Gehör.¹⁰

Das bedeutet aber nicht, daß das Gericht grundsätzlich alle nicht fristgemäß eingereichten Schriftsätze unberücksichtigt lassen dürfte. Geht ein nachgelassener Schriftsatz nach Fristablauf, aber vor Beratung des Urteils ein, dann fordert das rechtliche Gehör seine Berücksichtigung.^{10a}

Darüberhinaus ist aber im Beschlußverfahren alles Vorbringen zu berücksichtigen, das - auch noch nach Absetzen des Beschlusses - bis zur Herausgabe der Entscheidung zur Zustellung eingeht.¹¹ Der Grund ist darin zu sehen, daß ein Beschluß erst zu diesem Zeitpunkt existent wird und bis dahin noch geändert werden kann und bei Auftauchen neuer entscheidungserheblicher Gesichtspunkte geändert werden muß. Diese Berücksichtigungspflicht ist wegen der beiden sich addierenden Verzögerungen durch die Vorlage eingehender Schriftsätze an das Gericht

9) BSG, NJW 1962, 837; Röhl, NJW 1964, 273 (278).

10) BVerfG 11, 218 (220); 12, 110 (113); 18, 380 (384); 23, 286 (288); 34, 344 (346 f.); 42, 243; 46, 313 (314); 47, 102 (104); 49, 212 (215); 53, 219 (222); 58, 353 (356); 60, 120 (123); BVerfG, NJW 1982, 2367 (2368) und 2368; BayVerfGH 18, 8; OLG Karlsruhe, MDR 1983, 250 (251); Rüping, S. 148; OLG Köln, JMBINRW 1981, 101 (102); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Kurth, S. 168; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 573 Anm. 2 C; Röhl, NJW 1964, 273 (278); Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A I I; Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60; Giese-Schunck, Art. 103 Anm. II 1; Bischof, Rdnr. 26; Jansen, S. 22; Seidel, S. 80; E. Schneider, MDR 1979, 617 (618); Waechter, Betrieb 1971, 289 (291); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 15; ebenso für das schweizerische Recht Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 107.

10a) OLG Bamberg, OLGZ 1976, 351 (354).

11) BayVerfGH 16, 1 (5); 31, 235 (237); BayObLG, MDR 1981, 409; BGH, NJW 1968, 49 (50); OLG Frankfurt, MDR 1962, 744; OLG Karlsruhe, MDR 1983, 250 (251); Röhl, NJW 1964, 273 (278); Bischof, Rdnr. 336; Jansen, S. 27 (Fn. 67); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 8; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 573 Anm. 2 C; a. A. OLG Köln, JMBINRW 1981, 101 (102); Berücksichtigung des nach Fristablauf Eingegangenen stehe im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts.

und die Hinausgabe abgesetzter Beschlüsse zur Zustellung eine Quelle schuldloser Verletzungen des rechtlichen Gehörs, die auch bei bestmöglicher Gerichtsorganisation nicht ganz zum Versiegen gebracht werden kann.

Zweifelhaft ist, ob das BVerfG in einer neuen Entscheidung¹² dieser Auffassung entgegentreten wollte. Hier war ein Schriftsatz nach Ablauf der gesetzten Frist, aber vor Herausgabe des Beschlusses zur Zustellung bei Gericht eingegangen und nicht mehr berücksichtigt worden. Das BVerfG hat der Verfassungsbeschwerde stattgegeben, indem es dargelegt hat, dem Beteiligten sei eine zu kurze Äußerungsfrist gesetzt worden.¹³ Diese Ausführungen waren überflüssig, weil das Gericht schon infolge der Berücksichtigungspflicht seine Entscheidung noch einmal hätte überprüfen müssen.

3. Die Kenntnisnahme

Der Pflicht zur Berücksichtigung genügt der Richter in zwei Schritten: Zunächst muß er das Geäußerte zur Kenntnis nehmen, was Voraussetzung dafür ist, daß er es in Erwägung ziehen kann. Bei der Kenntnisnahme handelt es sich um einen inneren Vorgang, der in der Regel nicht nachprüfbar ist.¹⁴ Die Kenntnisnahme allein bringt der Partei auch noch keinen Vorteil.

Wie die Kenntnisnahme bei den Richtern eines Kollegialgerichts zu erfolgen hat, ist nicht durch das rechtliche Gehör vorgeschrieben. Es ist daher unbedenklich, wenn - wie üblich - der zweite Beisitzer keine eigene Aktenkenntnis besitzt und nur vom Berichterstatter über den Streitstoff informiert wird.^{14a}

Nur ausnahmsweise läßt sich die Verletzung der Pflicht zur Kenntnisnahme nachweisen, dann nämlich, wenn ein beisitzender Richter schläft und daher gar nicht in der Lage ist, den Vortrag zur Kenntnis zu nehmen.¹⁵

Kontradiktorische Urteile werden im Zivilprozeß nur ausnahmsweise in unmittelbarem Anschluß an die mündliche Verhandlung verkündet. Die Niederschrift der Urteilsformel während der Vorträge der Parteien im Anschluß an die Beweisaufnahme hat hier daher kaum praktische Bedeutung. Ein Zivilrichter, der so vorgehe, verletzte allerdings das rechtliche Gehör der Beteiligten.¹⁶ Gehörsgewährung ist nämlich nicht nur schlichtes Hören, sondern ein Anhören, Zuwendung der vollen und ungeteilten Aufmerksamkeit, also die Aufnahme des Gesagten als einzigen Bewußtseinsinhalt.

12) BVerfG 60, 313 (318).

13) Zur Notwendigkeit ausreichender Äußerungsfristen vgl. u. § 10 I 1.

14) Auf die Schwierigkeit des Nachweises, daß ein Urteilsmangel in Nichtberücksichtigung und nicht nur in unrichtiger Beurteilung seinen Grund hat, weist für das gemeine Recht bereits Brackenhoeft, S. 79 hin.

14a) A. A. v. Stackelberg, MDR 1983, 364.

15) Dahs, S. 102; Rumpel, S. 59; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (148); Behrendt, S. 23; Kurth, S. 84; Rüping, S. 179; Seidel, S. 62; Keidel, S. 42; Rausche, S. 53; Kolb, S. 57; Seibert, NJW 1963, 1044 (1045 f.); vgl. auch BGH, NJW 1962, 2212.

Dasselbe gilt für den in Zivilsachen ebenfalls seltenen Fall vorbereiteter Urteile vor der mündlichen Verhandlung. Auch sie sind mit der Pflicht zur Kenntnisnahme unvereinbar, weil sich der Richter in ihnen eine Überzeugung bildet, die er erst aus der mündlichen Verhandlung gewinnen soll.¹⁷ Ebenso ist die Pflicht zur Kenntnisnahme verletzt, wenn das Beschwerdegericht sich ausdrücklich weigert, die zur Begründung der Beschwerde vorgebrachten neuen Tatsachen in Betracht zu ziehen.¹⁸

4. Die Erwägung des zur Kenntnis Genommenen

Der zweite Schritt der Berücksichtigung ist die Erwägung des zur Kenntnis Genommenen. Das bedeutet - obwohl das mit dem Wortsinn durchaus vereinbar wäre - nicht, daß es genügen würde, wenn sich das Gericht mit dem Vorbringen gedanklich befaßt. Diese Forderung würde auch ein Richter erfüllen, dessen Erwägung darin besteht, das Vorbringen sei nicht zuzulassen, sondern, etwa als verspätet, zurückzuweisen.¹⁹ Erwägung bedeutet vielmehr Prüfung des Vorgebrachten auf Erheblichkeit, bejahendenfalls auf Richtigkeit, und, wenn auch dies bejaht wird, Entscheidung unter Zugrundelegung des Vorgebrachten.²⁰

Das BVerfG hat den Begriff der Erwägung in keiner der zahlreichen Entscheidungen, in denen es ihn verwendet, definiert. Freilich liegt er allen Entscheidungen, die einer Verfassungsbeschwerde wegen unzulässiger Präklusion verspäteten Vorbringens stattgegeben haben, unausgesprochen zugrunde. Eine solche Verfassungsbeschwerde kann nur deshalb Erfolg haben, weil das Gericht mit der gedanklichen Befassung im Sinne einer Zurückweisung dem Berücksichtigungsgebot noch nicht gerecht wird.

5. Bedeutung der Berücksichtigungspflicht

Die Berücksichtigungspflicht des Gerichts ist von außerordentlich großer Bedeutung für die Praxis. Die meisten Verfassungsbeschwerden rügen heute nicht

16) So (für Strafsachen) Sarstedt, JR 1956, 274; Kenneweg, S. 87; Rausche, S. 50; Dahs, S. 101 ff.; Dahs-Dahs, Rdnr. 192; Kolb, S. 57; Rüping, S. 179; Baudisch, NJW 1960, 135 (136); Hamann, Art. 103 Anm. B I a; ebenso für die EMRK: Schorn, EMRK, Art. 6 I I Anm. 35; a. A. aber BGHSt. 11,74 (76), Röhl, NJW 1964, 273 (278) und Seidel, S. 65 f. mit der Erwägung, die niedergeschriebene Urteilsformel sei nur ein "Entwurf".

17) Croissant, NJW 1963, 1711 (1713); a. A. aber Seidel, S. 66; Eyermann-Fröhler, § 138 VwGO Rdnr. 4; BVerfG 9, 213 (215); BSG, MDR 1959, 793; BVerwG, BayVBl. 1980, 56.

18) RG 17, 371 (373); J. Brüggemann, S. 95.

19) Zur Vereinbarkeit der Präklusionsbestimmungen mit dem rechtlichen Gehör s. u. § 10 II 1.

20) Deubner, NJW 1976, 2113 und 1980, 263 (264).

mehr, das Gericht habe das Recht auf Äußerung verkürzt, sondern es habe das im Rahmen des Äußerungsrechts Vorgebrachte nicht berücksichtigt. Die wichtigsten Fälle einer Verletzung dieser Pflicht sind die Nichtberücksichtigung von Vorbringen, das - im Urteilsverfahren vor Fristablauf, im Beschlußverfahren vor Hinausgabe des Beschlusses - eingegangen ist, die falsche Anwendung von Präklusionsvorschriften, das Übersehen von Tatsachenvortrag und Beweisanträgen. Entscheidungserhebliche Verfahrensverstöße verletzen also, wenn sie nicht schon das Äußerungsrecht einschränken,²¹ regelmäßig die Berücksichtigungspflicht und damit den Anspruch auf rechtliches Gehör.²²

Viele dieser Fehler beruhen auf einem Versehen des Richters oder einer Panne auf der Geschäftsstelle. Das gilt besonders für die Nichtberücksichtigung von Schriftsätzen. Hier kommt freilich auch die bewußte Nichtberücksichtigung, beispielsweise wegen fehlerhafter Berechnung einer Frist, vor. So ist es etwa, wenn infolge eines unbeachtet gebliebenen Feiertags § 222 ZPO nicht angewendet wird.²³

6. Grenzen der Berücksichtigungspflicht

Die Pflicht zur Berücksichtigung ist begrenzt durch das Recht auf Äußerung. Sie umfaßt aber auch Vorbringen, das nicht mehr unter der Garantie des Äußerungsrechts steht. So kann die Partei in den Grenzen der Präklusionsvorschriften Streitstoff bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung (§ 296 a ZPO) und auch noch in der Berufungsinstanz vorbringen, auch wenn sie vorher bereits eine Äußerungsgelegenheit gehabt hat. Das, was nach den Bestimmungen des formellen oder materiellen Rechts nicht erheblich ist, darf oder muß der Richter bei seiner Entscheidung nicht beachten. Diesen Gesichtspunkt umschreibt das BVerfG mit der Formel, Art. 103 I GG gewähre keinen Schutz vor Entscheidungen, die den Sachvortrag eines Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts ganz oder teilweise unberücksichtigt lassen.²⁴ Die Grenzen

21) Das ist bei der bewußten Nichterhebung erheblicher Beweise der Fall; s. o. § 7 III 1.

22) Deubner, NJW 1980, 263; BVerfG 50, 32 (35) und 58, 353 (358).

23) BVerfG 18, 380 (384); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 72 V 3; Schwartz, S. 69; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 222 Anm. 3.

des Äußerungsrechts sind also zugleich die Grenzen der Berücksichtigungspflicht.

Auch gibt das Recht auf Äußerung den Beteiligten zwar ein Recht auf Mitwirkung am Verfahren, aber kein Recht auf den Erfolg ihrer Mitwirkung.²⁵ Die Pflicht zur Berücksichtigung ist daher keine Pflicht zu sachlich richtiger Würdigung. Das Gericht muß sich darüber klar werden, ob es Vorbringen für entscheidungserheblich hält. Seine abwägende Tätigkeit kann aber auch zu einem falschen Ergebnis führen, ohne daß die Pflicht zur Berücksichtigung verletzt wäre. Andernfalls wäre jede fehlerhafte Prüfung der Schlüssigkeit einer Klage zugleich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Behauptung allein, das Gericht habe einem tatsächlichen Umstand nicht die nach materiellem Recht richtige Bedeutung beigemessen, kann daher die Rüge der Verletzung des Rechts auf Gehör nicht begründen.²⁶

24) BVerfG 21, 191 (194); 22, 267 (273); 24, 203 (213); 25, 137 (140); 27, 248 (251); 36, 92 (97); 46, 315 (319); 50, 32 (35); 51, 188 (191); 54, 86 (91) und 117 (123); 60, 1 (5), 96 (100) und 305 (310); BVerfG, AP Nr. 31 und 32 zu Art. 103 GG; BVerfG, NJW 1983, 1307 (1308); BayVerfGH 24, 115; 27, 35 (41); 28, 70 (72); 29, 219 (221); 31, 235 (237) und 238 (240); 32, 71 (73), 104 (105) und 116 (117); BGH, NJW 1983, 575 (577); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; Grunderath, MDR 1972, 828 (831); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 14; Deubner, NJW 1980, 263 (265); Seetzen, NJW 1982, 2337; Kissel, Einl., Rdnr. 165; Eyermann-Fröhler, § 138 Rdnr. 4 a; Waechter, Betrieb 1971, 289 (290); kritisch zu dieser Formel Kopp, AöR 106, 604 (606).

25) Deubner, NJW 1980, 263 (265); ähnlich schon Baur, AcP 153, 393 (401).

26) BVerfG 27, 248 (251) und 28, 378 (384); BayVerfGH 16, 10 (13); 19, 30 (32); 20, 60 (61); 32, 116 (118); BayVerfGH, BayVbl. 1981, 529; E. Schneider, MDR 1979, 617 (619); Aumüller, S. 23; Dahs, S. 38; Rüping, S. 182; Kurth, S. 75 f.; im gleichen Sinne für das schweizerische Recht: Kaufmann, S. 66; Reinhardt, S. 222; Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 115; BG 25, 408 (411); a. A. Hamann, AnwBl. 1958, 141 (147): irrtümliche Wertung sacherheblichen Vorbringens als nicht sacherheblich sei eine Verletzung. Hamann erkennt aber selbst, daß das BVerfG bei dieser Auslegung zur Revisionsinstanz für jede denk bare Revisionsrüge würde.

II. Die Pflicht zur Begründung

1. Grundsatz

Nur anhand der Gründe läßt sich feststellen, ob das Gericht das Gehörte nicht nur zur Kenntnis genommen, sondern tatsächlich in die Erwägungen einbezogen hat. Die Bescheidung des Parteivorbringens kann daher nicht aus dem Schutzbereich des Rechts auf Gehör herausgenommen werden, ohne die praktisch wichtigste Verletzung sanktionslos zu stellen,²⁷ die Begründung ist gewissermaßen "Gegenstück und Antwort auf das rechtliche Gehör".²⁸

Nach einer Formel des BVerfG bedeutet die Pflicht zur Kenntnisnahme und Erwägung nicht, daß die Gerichte verpflichtet wären, jedes Vorbringen der Beteiligten in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich zu bescheiden. Ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör könne nur festgestellt werden, wenn sich aus den Umständen des Falles ergebe, daß es entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder ersichtlich nicht in Erwägung gezogen wurde.²⁹ Es könne sich auch aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsausführungen ergeben, daß das Gericht das Vorbringen des Beschwerdeführers gewürdigt habe.³⁰ Die übrigen Gerichte³¹ und die Literatur³² sind dem gefolgt.

27) So allerdings Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV d, der meint, die tatsächliche Beachtung des rechtlichen Gehörs durch das Gericht sei "nicht nachprüfbar gestellt". Jeden Zusammenhang zwischen Bescheidung und Gehörsrecht lehnen auch Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 81, Jünemann, S. 40 f., Siebert, KTS 1956, 33 (37), Ule, DVBl. 1959, 537 (542), Eb. Schmidt, JZ 1965, 733 (734), A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 6, Rumpel, S. 33, Rausche, S. 57 und Seidel, S. 54 f. ab, zum Teil deswegen, weil sich die Bescheidungspflicht aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebe; ablehnend zu dieser Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip aber BVerfG, NJW 1982, 925.

28) Kopp, Verfassungsrecht, S. 47.

29) BVerfG 5, 22 (24); 13, 132 (149); 22, 267 (274) und 282 (286); 25, 137 (140); 27, 248 (252); 28, 378 (385); 34, 344 (347); 42, 364 (368); 40, 101 (104 f.); 47, 182 (188); 51, 126 (129); 54, 43 (45) und 86 (92).

30) Ebenso für das schweizerische Recht Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 107 f.

31) BayVerfGH 15, 5 (8); 20, 60 (61); 31, 238 (240); 32, 104 (105) und 116 (118); 33, 165; HessStGH, ESVGH 22, 135 (136); BFH 87, 465 (467); 96, 473 (476); 100, 351 (352); BGH 3, 162 (175); s. auch schon OLG Hamburg, JW 1916, 1551 und RG, JW 1938, 1189.

Richtig daran ist zweifellos, daß das rechtliche Gehör - im Gegensatz zum Petitionsrecht - kein "Recht auf Antwort" beinhaltet.³³ Diese negative Formulierung verstellt aber den Blick dafür, daß die Bescheidung ein selbständiges Element des Gehörs ist; erst die Notwendigkeit, sich mit dem Parteivortrag auseinanderzusetzen, garantiert die Erfüllung der Pflicht zur Erwägung.³⁴

Dieser Bedeutung der Bescheidungspflicht wird daher die positive Formulierung besser gerecht, daß das Gericht in den Gründen das "nicht offensichtlich belanglose",³⁵ "wesentliche",³⁶ "erhebliche",³⁷ "durch seine Erörterung die Entscheidung erst verständlich werdend lassende"³⁸ Parteivorbringen in den Gründen verarbeiten muß. Andernfalls muß der Beteiligte den Eindruck gewinnen, daß der Richter ihm nicht das nötige Gehör gewährt hat, und eine wesentliche Aufgabe des richterlichen Urteils - auch im Interesse der Wahrung der Autorität des Richterspruchs - zu überzeugen, wird verfehlt.³⁹

32) Rosenberg-Schwab, § 85 III 1; Jauernig, 19. Aufl., § 29 II; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (378); Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A I 1; Endemann, NJW 1969, 1197 (1199); A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 6; Granderath, MDR 1972, 828 (834); Schwartz, S. 20; Kurth, S. 82 f., 87; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 93; Seidel, S. 55; Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60; Waechter, Betrieb 1971, 289 (290); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 17; Gottwald, S. 151; Aumüller, S. 23; Lesser, DRiZ 1960, 420 (421); Baumann, Rdnr. 79; Pfeiffer, S. 215; Keidel, S. 43; Kenneweg, S. 88; Kolb, S. 57; Dahs, S. 39; Ortlieb, S. 63; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 c; Röhl, NJW 1953, 1531 (1534), 1958, 1268 (1274) und 1964, 273 (274); Deubner, NJW 1980, 263 (266); Baur, AcP 153, 393 (410); Jagusch, NJW 1959, 265 (266, Fn. 18); Behrendt, S. 21; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 81; Seetzen, NJW 1982, 2337; Kissel, Einl. Rdnr. 165; Giese-Schunck, Art. 103 Anm. II 1.

33) Kurth, S. 87; Röhl, NJW 1953, 1531 (1534).

34) Rüping, S. 180; für das schweizerische Recht Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 126; ähnlich schon Hamann, AnwBl. 1958, 141 (148) und Aumüller, S. 25.

35) BVerwG, NJW 1954, 1542 (1543) und MDR 1961, 875.

36) Keidel, S. 43.

37) BVerwG, Betrieb 1968, 890; OLG Köln, OLGZ 1968, 324 (328); J. Brüggemann, S. 174; Aumüller, S. 24; für das schweizerische Recht: Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 107 und ZPR, S. 179; ähnlich Baur, AcP 153, 393 (410) und für die Schiedsgerichtsbarkeit Riehle, NJW 1950, 853 (855).

38) Rüping, S. 181 und BK, Art. 103 Rdnr. 56.

39) Hamann, AnwBl. 1958, 141 (148); ebenso, mit rechtstheologischer Grundlegung, Behrendt, S. 313 ff.; vgl. auch Reinhardt, S. 232.

Seit einiger Zeit verwendet auch das BVerfG zur Charakterisierung der Bescheidungsspflicht eine positive Formulierung:⁴⁰

"Die wesentlichen, der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung dienenden Tatsachenbehauptungen müssen jedenfalls in den Entscheidungsgründen verarbeitet werden."

Zweifelhaft ist, ob dieses Erfordernis auch für die Rechtsausführungen der Beteiligten Geltung beanspruchen kann. Das BVerfG hat sich dazu bislang nicht geäußert. Die Frage ist mit folgenden Erwägungen bejaht worden:⁴¹ Das Grundrecht auf Gehör würde im Revisionsverfahren "leerlaufen", wenn unkontrollierbar bliebe, ob die Rechtsausführungen der Parteien berücksichtigt worden sind, ferner müsse auch hier der Erkenntnis Rechnung getragen werden, daß ein Zusammenhang zwischen Tat- und Rechtsfragen bestehe. In der Tat wird man von dem Ausgangspunkt aus, daß das rechtliche Gehör in gleicher Weise zum Tatsächlichen wie zum Rechtlichen besteht,⁴² eine Bescheidungsspflicht zumindest im Grundsatz nicht ablehnen können.⁴³ Andererseits darf diese Pflicht nicht so weit gehen, daß ein bestimmter Begründungsstil als Gebot des Verfassungsrechts fixiert wird. Die Anforderungen an die Bescheidung von Rechtsausführungen können daher nicht so hoch sein wie beim Tatsachenvortrag.

Der Grund dafür, daß diese Frage bisher kaum diskutiert worden ist, dürfte sein, daß sie kaum praktische Bedeutung erlangen kann: Wird nämlich der Tatsachenvortrag vollständig berücksichtigt, dann kann eine Entscheidung, die Rechtsausführungen übergeht, hierauf nicht beruhen: Da das Gericht in der Rechtsanwendung frei ist, richtige Rechtsanwendung aber außerhalb des Schutzbereichs des rechtlichen Gehörs liegt, wird man in aller Regel nicht sagen können, daß die Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn sich das Gericht in den Entscheidungsgründen mit dem rechtlichen Vorbringen auseinandergesetzt hätte.

40) BVerfG 47, 182 (189); 54, 43 (46); 58, 353 (357); zustimmend Bischof, Rdnr. 319, 334; Deubner, NJW 1980, 263 (267); Seetzen, NJW 1982, 2337; E. Schneider, MDR 1981, 462; Schellhammer, Rdnr. 814; Zeller-Stöber, § 1 Rdnr. 58.

41) Felix, FinRdsch. 1961, 297 (298); J. Brüggemann, S. 157 ff.

42) Vgl. o. § 7 II 2.

43) Vgl. schon RG, JW 1938, 1189.

Soweit nach dem Gesagten eine Begründung erforderlich ist, kann diesem Erfordernis nicht durch eine formelhafte Wendung ohne Aussagewert genügt werden. Schon das RG hat es (unter dem Gesichtspunkt des § 551 Nr. 7 ZPO) für nicht ausreichend gehalten, wenn sich die rechtliche Würdigung eines Instanzgerichts in der Wendung erschöpfte,

"soweit das Vorbringen der Parteien nicht ausdrücklich behandelt worden sei, könne es an den getroffenen Feststellungen und an der Auffassung des Senats von der Sach- und Rechtslage nichts ändern."⁴⁴

Über die Pflicht zur Verarbeitung des Parteivorbringens hinaus entspringt dem rechtlichen Gehör aber kein allgemeiner Grundsatz, daß jede gerichtliche Entscheidung mit einer Begründung zu versehen sei.⁴⁵

Daher verstößt es nicht gegen das rechtliche Gehör, wenn im strafprozessualen Revisionsverfahren eine Revision nach § 349 II StPO durch nicht zu begründenden Beschluß verworfen werden kann, weil diese Verwerfung nur auf Grund eines Antrags der Staatsanwaltschaft erfolgt, zu dem der Revisionsführer sich äußern kann.⁴⁶

Auch im schweizerischen Recht ist eine allgemeine Begründungspflicht nicht anerkannt,⁴⁷ ebenso wenig im angloamerikanischen Recht, wo die Notwendigkeit einer Begründung nicht aus dem Grundsatz des "due process of law" abgeleitet wird.⁴⁸ Anders ist es in Griechenland, wo Art. 93 III der Verfassung vorschreibt, daß jede Gerichtsentscheidung gesondert und sorgfältig zu begründen sei. Lehre und Rechtsprechung sehen dort die Entscheidungsbegründungspflicht als Ausfluß des rechtlichen Gehörs an.⁴⁹ Eine Begründungspflicht kraft Verfassungsrechts besteht auch in Italien (Art. 111 I Verf.),⁵⁰ der Türkei (Art. 141 III Verf.), in Spanien (Art. 110 III Verf.) und in Belgien (Art. 97 S. 1 Verf.).

Andererseits kann das rechtliche Gehör in bestimmten Fällen die Begründung einer Entscheidung auch über die Verwertung des Tatsachenvorbringens der

⁴⁴) RG 169, 65 (75).

⁴⁵) Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV g 9; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1037); Grunsky, in: Entscheidungsbegründung, S. 63 (80); zweifelnd Arndt, NJW 1959, 6 (7); a. A. Behrendt, S. 24 und wohl auch J. Brüggemann, S. 152 ff.

⁴⁶) BVerfG, NJW 1982, 925; Röhl, NJW 1964, 273 (278).

⁴⁷) Reinhardt, S. 227.

⁴⁸) Lawton, in: Entscheidungsbegründung, S. 423.

⁴⁹) Rammos, in: Entscheidungsbegründung, S. 399.

⁵⁰) Colesanti, in: Entscheidungsbegründung, S. 355 (360).

Parteien hinaus verlangen. Da Urteile schon nach einfachem Zivilprozeßrecht Gründe aufweisen müssen (§ 313 III ZPO), wird diese Frage vor allem bei Beschlüssen praktisch, für die keine allgemeine Begründungspflicht nach Prozeßrecht besteht. Unterliegt aber ein Beschluß einem Rechtsmittel und hat der Rechtsmittelführer ohne Begründung nicht die Grundlagen, die er benötigt, um entscheiden zu können, ob er ein Rechtsmittel einlegen soll, dann ist eine Begründung durch das Recht auf Gehör geboten.⁵¹ Ohne Begründung kommen etwaige Urteilsängel dem Beteiligten unter Umständen gar nicht zu Bewußtsein, und er ist gezwungen, "blindlings" gegen die Entscheidung vorzugehen, ohne effektives rechtliches Gehör im Rechtsmittelverfahren zu haben.

Außerhalb des Schutzbereichs des rechtlichen Gehörs liegt dagegen die Erwägung, auch das Beschwerdegericht sei zwecks sinnvoller Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung auf eine Begründung angewiesen.

2. Einzelfälle zur Bescheidspflicht

Der Rückschluß von mangelnder Bescheidung auf mangelnde Berücksichtigung ist etwa dann möglich, wenn das Gericht in seiner Entscheidungsbegründung erkennbar davon ausgeht, daß eine erhebliche Tatsache nicht vorgetragen worden sei, während sie in Wahrheit nachweisbar vorgetragen wurde.⁵²

So wäre es etwa, wenn die Schriftsätze des Klägers ein Beweisangebot für eine erhebliche Behauptung enthalten, in den Entscheidungsgründen aber ausgeführt ist, der Kläger sei beweisfällig geblieben.

51) BVerwG, DVBl. 1960, 935; OLG Düsseldorf, MDR 1971, 495; OLG Celle, NJW 1966, 936; LG Kiel, SchlHA 1974, 209; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 104 Anm. 4 C a cc und § 329 Anm. 1 A b aa; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 229, 231; Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (336 f.); Walder, in: Entscheidungsbegründung, S. 297 (299); a. A. BayObLG, Rpfleger 1968, 27; OLG Köln, Rpfleger 1971, 20; Rüping, S. 181; E. Schneider, NJW 1966, 1367 (1368).

52) RG, JW 1898, 355 (Nr. 23); Kurth, S. 82; Röhl, NJW 1953, 1531 (1534); Deubner, NJW 1980, 263 (266).

Nichts anderes kann dann gelten, wenn Vorbringen in den Gründen zwar scheinbar berücksichtigt, aber so offensichtlich unhaltbar gewürdigt ist, daß man daraus ersehen kann, daß es der Richter überhaupt nicht zur Kenntnis genommen hat,⁵³ oder wenn eindeutiges Parteivorbringen mißverstanden worden ist.⁵⁴ Die Bescheidungspflicht geht naturgemäß nie weiter als das Recht auf Äußerung. Mit unsachlichen und beleidigenden Eingaben braucht sich der Richter in seiner Entscheidung daher nicht auseinanderzusetzen.⁵⁵

53) So für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 223; Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 108; offen gelassen von BVerfG 57, 39 (42), das in einem solchen Fall eine Verletzung von Art. 3 I GG bejaht und daher die Frage der Verletzung des rechtlichen Gehörs offenläßt (vgl. dazu o. § 4 III 2).

54) Kenneweg, S. 86; Zürcher Kassationsgericht, bei Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 108; a. A. OLG Hamm, JMBINRW 1958, 7 und Löwe, S. 252.

55) OLG Hamm, NJW 1976, 978; Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A I 1; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 4a; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 73.

§ 9. Richterliche Hinweispflicht, Rechtsgespräch und Verbot der Überraschungsentscheidung

Schon bei der Pflicht des Gerichts zur Berücksichtigung des Geäußerten zeigte sich, soweit sie über die allgemeine Forderung nach Kenntnisnahme und Erwägung hinausgeht, kein einheitliches Bild der Meinungen. Noch mehr im Grenzbe-
reich des durch das rechtliche Gehör Garantierten, noch weiter von seinem Kern
entfernt, liegen die aus ihm abgeleiteten Forderungen, die im folgenden Ab-
schnitt diskutiert werden sollen.

I. Die richterliche Hinweispflicht

§ 139 ZPO legt dem Richter die Pflicht auf, den Prozeßstoff mit den Parteien
in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu erörtern; nicht nur die Parteien,
auch der Richter soll auf ein richtiges Prozeßergebnis hinwirken. Oft wird die-
se Verpflichtung des Richters als "richterliche Aufklärungspflicht" bezeichnet.¹
Das ist mißverständlich, denn von Amts wegen aufzuklären hat der Richter im
Zivilprozeß dort, wo der Bebringungsgrundsatz gilt, nichts.² § 139 ZPO fordert
vielmehr, daß der Richter den Parteien Hinweise gibt; es erscheint daher rich-
tiger, von der "richterlichen Hinweispflicht" zu sprechen. Diese Hinweise haben
nicht zuletzt die Aufgabe, den Parteien effektives rechtliches Gehör zu ver-
schaffen.³ Man hat daraus geschlossen, § 139 ZPO sei Ausdruck des rechtlichen
Gehörs.⁴

Diese Ansicht verdient insofern Zustimmung, als es Fälle geben kann, in denen
eine Verletzung der Hinweispflicht den Parteien zugleich das rechtliche Gehör

1) Z. B. von Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 139 Anm. 1.

2) Vgl. Prütting, NJW 1980, 361 (364). Eine Aufklärungspflicht kann sich im Zivil-
prozeß nur auf die Parteien beziehen. Zum Umfang und zu den Grenzen dieser
Verpflichtung s. u. § 11 I.

3) A. A. nur Ortlieb, S. 8, aber ohne Begründung.

4) RG 81, 321 (324) und 160, 157 (162); BGH, NJW 1976, 474; Thomas-Putzo,
12. Aufl., Einl. I 4; Zeiss, § 32 I; A. Arndt, NJW 1959, 6 (7); Trockner, S. 662
ff.; Löwe, S. 301; Grunsky, § 19 IV; Deubner, JuS 1977, 583 (587); Doehring,
NJW 1983, 851. Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 1 meinen,
das rechtliche Gehör werde durch § 139 "bestätigt".

versagt. Hält das Gericht Erklärungen der Partei zu bestimmten Tatsachen für erforderlich, so darf es die Unterlassung der Erklärung nicht nachteilig würdigen, wenn es sie nicht darauf hingewiesen hat; die Partei muß ihre Behauptungen und Beweisangebote entsprechend den Hinweisen des Gerichts anpassen können.⁵

Zweifelhaft ist aber, ob diese Verpflichtung so weit geht, daß das Gericht auch darauf hinweisen muß, welchen Sachverhalt es auf Grund des Parteivortrags und der Beweiserhebung im Rahmen der freien Beweiswürdigung als festgestellt erachtet.⁶

Hierin erschöpft sich aber die Forderung des § 139 ZPO nicht. Er fordert vielmehr auch den Hinweis auf sachdienliche Anträge, die eine Partei stellen sollte, die Aufforderung, für bestrittene Behauptungen Beweise anzubieten, wenn die Partei dies von sich aus nicht tut. Die richterliche Hinweispflicht fordert also vom Richter auch eine gewisse Beratung der Parteien. Diese Forderung ist aber nur eine solche des § 139 ZPO, aber regelmäßig⁷ nicht des rechtlichen Gehörs. Eine Verletzung dieser Pflichten verletzt daher nicht das rechtliche Gehör.⁸

Daß nur ein kleiner Ausschnitt der Pflichten aus § 139 ZPO zugleich ein Gebot des rechtlichen Gehörs sein kann, ergibt sich auch aus der in vielen Fällen zweifelhaften und umstrittenen Abgrenzung des Bereichs der richterlichen Hinweispflicht von solcher richterlichen Aktivität, die darüber hinausgeht und in ein Spannungsverhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit gerät.⁹

5) BayVerfGH 13, 24 (25); 17, 72 (73); 32, 71 (74) und 116 (117); 33, 19 (20); E. Schneider, MDR 1968, 721 (726); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 78 III 1 c; Kenneweg, S. 170; Dahs, S. 27; A. Blomeyer, ZPR, § 19 I; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1023); Kurth, S. 137; Ule, DVBl. 1959, 537 (542); ebenso für das österreichische Recht Sprung-König, öJBl. 1976, 1 (7).

6) Ablehnend BayVerfGH 19, 30 (33).

7) Dazu, daß der Effektivitätsgedanke bei der Gehörsgewährung auch einen derartigen Hinweis fordern kann, vgl. u. § 11 I 2.

8) Rosenberg-Schwab, § 85 III 3; Schönke-Kuchinke, § 8 III 3 und Kuchinke, JuS 1967, 295 (299); A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 2 b; Kurth, S. 136; BGH 85, 288 (292); Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 100; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (366); RG, JW 1915, 711; BVerfG, 1 BvR 1094/79, 23. 6. 1980, unveröffentlicht, mitgeteilt bei Kopp, AöR 106, 604 (625); Rumpel, S. 99; Hinz, NJW 1976, 1187 (1188); BayVerfGH 13, 24 (25); 17, 72 (73); 33, 19 (20); a. A. Arndt, NJW 1959, 6 (7). Daß die richterliche Hinweispflicht über das rechtliche Gehör hinausgeht, liegt auch unausgesprochen OLG Hamburg, MDR 1956, 620 zugrunde, wo die Ausdehnung der Durchbrechung des § 568 II ZPO bei versagtem rechtlichen Gehör (s. dazu u. § 20 II 2 b) auf Verletzungen (nur) der Hinweispflicht abgelehnt wird.

Die bekannteste Streitfrage aus neuerer Zeit ist dabei die, ob die Fragepflicht gebietet, einen Beklagten, der sich gegenüber der verjährten Klageforderung auch nicht laienhaft auf diese Einrede berufen hat, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Einrede der Verjährung zu erheben.¹⁰ Von den Gegnern einer solchen Befugnis wird teilweise sogar angenommen, daß sich ein Richter, der diese Einrede anregt, dem Vorwurf der Befangenheit aussetze.¹¹

Weil nur ein kleiner Ausschnitt aus den Verpflichtungen des § 139 ZPO ein Gebot des rechtlichen Gehörs ist, wäre es auch nicht ausgeschlossen, die - sehr häufig geltendgemachte - Verletzung des § 139 ZPO der Revisionsrüge zu entziehen, wie es vorübergehend zur Entlastung des RG der Fall war.¹²

Man kann aber auch nicht folgern, daß jede Verletzung des rechtlichen Gehörs zugleich ein Verstoß gegen § 139 I ZPO wäre. So ist ein Hinweis, aber nicht das rechtliche Gehör entbehrlich, wenn dem Richter die Sache bereits hinreichend aufgeklärt scheint, und das rechtliche Gehör kann auch in ganz anderer Weise verletzt sein als durch das Unterlassen eines Hinweises.¹⁴

II. Das Rechtsgespräch

1. Die These Arndts

Im Zusammenhang mit den Beziehungen zwischen rechtlichem Gehör und richterlicher Hinweispflicht steht die These vom "Rechtsgespräch".¹⁵ Arndt¹⁶ hat sie als Folgerung aus dem Gehör auch zum Rechtlichen entwickelt.¹⁷ Diese Lehre besagt, daß das Gericht nicht nur verpflichtet sei, passiv Gelegenheit zu Rechtsausführungen zu geben, sondern von sich aus handelnd darauf hinwirken müsse, daß die Beteiligten verstehen und mitdenken, welche rechtlichen Erwägungen nach der Auffassung des Gerichts für die Entscheidung maßgeblich werden könnten, und auf das Entstehen der richterlichen Überzeugung

9) Vgl. dazu Luhmann, S. 134 f.

10) Bejahend: Wacke-Seelig, NJW 1980, 1170; E. Schneider, MDR 1977, 969 (974); verneinend: Prütting, NJW 1980, 361 (365); OLG Bremen, NJW 1979, 2215; OLG Köln, MDR 1979, 1027; Franzki, NJW 1979, 9 (12); s. auch unten III 1 (bei Fn. 44).

11) OLG Bremen und OLG Köln, wie Fn. 10; dagegen mit Recht Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 25 II 2 a; LG Frankfurt, MDR 1980, 145; E. Schneider, MDR 1979, 974 (979); Bender-Belz-Wax, S. 8.

12) Vom 15. 2. 1924 bis zum 30. 6. 1929 durch die VO zur Entlastung des RG vom 15. 1. 1924 (RGBl. I 29). Es war anerkannt, daß damit nicht etwa die Verletzung des rechtlichen Gehörs irreversibel gemacht werden sollte (Prager, AcP 133, 143 (149), Kurth, S. 41).

von Wahrheit und Recht insgesamt mitberatend Einfluß nehmen. Nur solidarisch, nicht autoritär sei Rechtsprechung zu leisten. Das Gericht sei auf die Mitarbeit aller Beteiligten angewiesen; erst aus der gemeinsamen Anstrengung erwachse das richterliche Erkenntnis. Diese Forderung darf allerdings nicht als das Verlangen nach rechtstheoretischer Diskussion oder vorzeitiger Bekanntgabe der noch gar nicht beratenen Rechtsmeinung des Gerichts mißdeutet werden.¹⁸ Sie hat nur vereinzelt als Folgerung aus dem rechtlichen Gehör Anhänger gefunden.¹⁹

2. Stellungnahmen

Überwiegend ist diese These dagegen auf Ablehnung gestoßen.²⁰ Soweit diese

13) Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1023 f.).

14) Kurth, S. 35 f.

15) Der Begriff geht auf F. Werner, S. 8 zurück.

16) A. Arndt, NJW 1959, 6 (8) und 1297 (1300) sowie 1960, 1191 (1193); ihm folgend: v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); Ule, VwPR, § 30 I; v. Stackelberg, AnwBl. 1959, 190 (200); Tschira-Schmitt Glaeser, S. 291; Trockner, S. 657 f., 671 f.; Felix, FinRdsch. 1961, 297.

17) Arndt, NJW 1959, 6 (8).

18) Arndt, NJW 1960, 1191 (1193).

19) Außer den in Fn. 16 Genannten noch: Möhring-Nirk, 25 Jahre BGH, S. 305 (312); Grunsky, § 25 III 1; Behrendt, S. 23 f., 363 ff.; für das Revisionsverfahren auch Croissant, NJW 1963, 1711 (1712); ähnlich Baumann, Rdnr. 79.

20) So - ohne nähere Begründung: BVerfG 31, 364 (370) und NJW 1965, 147; BVerfG, I BvR 1094/79, unveröffentlicht, mitgeteilt von Kopp, AöR 106, 604(624); BayVerfGH 13, 24 (25); 15, 38 (40); 17, 72 (73); 19, 30 (32); 33, 103 (105) und 106 (108); BayVerfGH, VerwRspr. 20, 376; BGH, Betrieb 1975, 2274; BGHSt. 22, 236 (239); BFH 84, 69 (75); KG, OLGZ 1966, 90 (96); B. Werner, S. 71; Jauernig, 19. Aufl., § 29 IV; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 3; Zeiss, § 32 II; Lepa, DRiZ 1969, 5 (8); Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 90; Leonhard, Rpfleger 1964, 37; Jansen, S. 26 f.; Koeniger, S. 244; Baur, ZPR, Rdnr. 42; Kenneweg, S. 87 f.; Arens, Rdnr. 37; Bökelmann, JR 1971, 359 (361); Meder, Art. 91 Rdnr. 11; Eyermann-Fröhler, § 86 VwGO Rdnr. 24; Seidel, S. 20; Lorenz, MDR 1962, 626 (627); Hamann, Art. 103 Anm. B I c; Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV b 2; Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 90 Rdnr. 66; Goeckel, S. 76; Keidel, S. 46; Schlüchter, Rdnr. 35.3; Bischof, Rdnr. 83; v. Münch-Rauball, Art. 103 Rdnr. 5; Säcker, NJW 1970, 1666 (1667); Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 103 Rdnr. 4; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 72a; Habscheid, ZZZ 79, 452 (456); Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, Art. 91 BV Rdnr. 2; BGH 85, 288 (291).

Ablehnung begründet wird, stützt man sich zum einen auf den Hinweis, die Beteiligten seien zu einem Rechtsgespräch oft weder bereit noch fähig.²¹ Aber das überzeugt nicht: Das Recht auf Äußerung ist stets nur ein Angebot an den Beteiligten; er braucht es nicht zu nutzen und verliert damit seinen Anspruch.²² Weiter ist gesagt worden, daß dadurch dem Anspruch auf rechtliches Gehör ein anderer Schutzzweck unterschoben werde, nämlich der Schutz des im Streit gebildeten objektiven Rechts, obwohl doch das rechtliche Gehör nur die einzelne Partei schütze.²³ Dabei wird übersehen, daß das Rechtsgespräch gerade auch die Subjektstellung der Beteiligten garantieren soll. Auf einem Mißverständnis dürfte auch der Einwand beruhen, im schriftlichen Verfahren ließe sich ein solches Rechtsgespräch gar nicht durchführen.²⁴ Arndt erhob die Forderung nach einem Rechtsgespräch ausdrücklich nur für die mündliche Verhandlung.²⁵

Schließlich ist dieser Forderung noch entgegengehalten worden, bei Einbeziehung des Rechtsgesprächs in den Schutzbereich des rechtlichen Gehörs werde das BVerfG gezwungen, die rechtliche Würdigung des Zivilgerichts umfassend nachzuprüfen, und damit zwangsläufig zur Superrevisionsinstanz.²⁶ Aber auch das ist nicht richtig: Auch bei Zugrundelegung der Forderung nach einem Rechtsgespräch würde die materiellrechtliche Beurteilung des Falls von dem Schutzbereich des rechtlichen Gehörs nicht umfaßt werden. Das BVerfG hätte nur zu überprüfen, ob die der Entscheidung zugrundeliegenden rechtlichen Gesichtspunkte in einem Rechtsgespräch erörtert worden sind, nicht aber, ob sie auch nach materiellem Recht zutreffen.

21) Jagusch, NJW 1959, 265 (268 f.) und 1962, 1645 (1648); Laufs, JR 1967, 180; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 38; Grünwald, S. 52; Henkel, S. 250; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1028); Eb.-Schmidt, I Rdnr. 345; Schultz, MDR 1959, 174 (175).

22) S. o. § 7 VI 1.

23) Lerche, ZZP 78, 1 (10).

24) Röhl, NJW 1964, 273 (277).

25) Arndt, NJW 1959, 6 (8).

26) Grünwald, S. 52; Pfeiffer, S. 215; Lesser, DRiZ 1960, 420 (421); Schorn, Menschenwürde, S. 74; Röhl, NJW 1959, 285 (286); W. Wolf, JR 1965, 87 (90).

Dennoch verdient die ablehnende Meinung im Ergebnis Zustimmung. Die Forderung nach einem Rechtsgespräch impliziert, daß das Gericht jede rechtlich denkbare Möglichkeit mit den Parteien durchsprechen und vor dem endgültigen Abschluß des Verfahrens seine Rechtsauffassung zwar nicht offenbaren, aber doch "andeuten" müßte. Das wäre aber mit der Struktur des Zivilprozesses unvereinbar: Die Verantwortlichkeit für die Entscheidungsgrundlagen wäre auf das Gericht hin verschoben; die der Urteilsfällung vorangehende Beratung wäre entwertet, weil das Gericht sich durch die vorherige Offenbarung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes bereits selbst gebunden hätte.²⁷ Im praktischen Ergebnis könnten die Parteien dem Gericht seine Entscheidung "abhören".²⁸ Zwar ist es zu eng, wenn gesagt wird, das rechtliche Gehör wolle nur vor einem einseitigen Verfahren schützen;²⁹ die Antwort, woraus sich das Recht der Beteiligten, die Rechtsmeinung des Gerichts zu erfahren oder angedeutet zu bekommen, ergeben soll, bleiben die Befürworter des Rechtsgesprächs aber schuldig.

Zudem würde die Pflicht zum Rechtsgespräch in der mündlichen Verhandlung den Qualitätsunterschied zwischen mündlichem und schriftlichem Verfahren in solcher Weise vertiefen, daß die prinzipielle Gleichwertigkeit mündlicher und schriftlicher Anhörung³⁰ wohl kaum aufrechterhalten werden könnte; aber auch im Rahmen der mündlichen Verhandlung würde sich ein Rechtsgespräch ohne grundlegende Umgestaltung des Verfahrensablaufs, die sicherlich nicht der Zweck des Art. 103 I GG war, nicht durchführen lassen.³¹ Eine Pflicht, die nur in "geeigneten" Fällen gilt, ist aber nicht justiziabel.

27) BFH 84, 69 (75); Rüping, S. 157; Eb. Schmidt, I Rdnr. 345; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 2 b; Schorn, Menschenwürde, S. 74; Löwe, S. 137; Kurth, S. 145 f.; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1028); Rausche, S. 41; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (366); Schwartz, S. 61 f.; W. Bernhardt, § 23 IV; Lerche, ZZP 78, 1 (21); Ortlieb, S. 7; Kolb, S. 58; Lorenz, S. 233; Sax, KMR Einl. XI Rdnr. 9; ebenso für das österreichische Recht: Sprung-König, öJBl. 1976, 1 (6); für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 162 f.

28) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (366).

29) A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 2 b.

30) S. o. § 7 VII 2 a.

31) A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 2 b; Jünemann, S. 38; Kurth, S. 145 f.; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1028).

Mit Recht wird von rechtssoziologischer Seite auch auf die Schwierigkeiten hingewiesen, die darin begründet sind, daß die bei einem Gespräch vorauszusetzende Gleichheit fehlt.³² Während die Parteien ihre Position festlegen müssen, muß das Gericht gerade umgekehrt zunächst seine im Dunkeln lassen und nur potentiell relevante Meinungen zur Diskussion stellen. Die Beteiligten agieren daher beim Vortrag von Rechtsansichten mehr oder weniger aufs Geratewohl.

3. Recht zum Rechtsgespräch

Aus der mangelnden Pflicht zum Rechtsgespräch im allgemeinen kann allerdings nicht geschlossen werden, daß dem Richter ein Rechtsgespräch verboten wäre und er sich, tut er es doch, dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen würde. Die offene Darlegung der rechtlichen Auffassung des Gerichts steht nicht im Widerspruch mit seiner Pflicht zur Unparteilichkeit; besonders im Rahmen seiner Pflicht, auf eine vergleichsweise Beilegung des Rechtsstreits hinzuwirken (§ 279 ZPO), kann der Richter den Parteien durchaus seine Auffassung zu den beiderseitigen Prozeßchancen darlegen,³³ und er sollte dies auch tun, wenn er sich eine solche Auffassung bereits gebildet hat.³⁴

4. Pflicht zum Rechtsgespräch in Sonderfällen

Für Sonderfälle dürfte darüberhinaus sogar eine Pflicht zum Rechtsgespräch bestehen. Die Forderung Arndts ist dort berechtigt, wo anders das Ziel, daß die Parteien ihre Sache effektiv verfechten können, nicht erreicht werden kann.³⁵ Diese Fälle lassen sich dahinzusammenfassen, daß das Gericht dann das rechtliche Gehör der Beteiligten verletzt, wenn es gegen das Verbot der Überraschungsentscheidung verstößt.

32) Luhmann, S. 115 (Fn. 17).

33) Bischof, Rdnr. 84; OLG Karlsruhe, OLGZ 1978, 224; in diesem Sinne auch bereits Prager, AcP 133, 143 (169 f.); vgl. auch Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 278 Anm. III 3.

34) Hensen, Festschrift für Reimers, S. 167 (170); Brumby, JR 1956, 177; Hamelbeck, NJW 1956, 540, Rosenberg, ZJP 57, 185 (304).

35) Leiche, ZJP 78, 1 (12). Ähnlich vorsichtig jetzt auch BayVerfGH 32, 116 (118): "im allgemeinen" keine Verpflichtung zum Rechtsgespräch" und BFH 107, 186 (193): kein "umfassendes Rechtsgespräch".

III. Das Verbot der Überraschungsentscheidung

1. Begriff der Überraschungsentscheidung

Die "Überraschungsentscheidung" ist kein Terminus des Gesetzes und wird daher oft in ganz verschiedener Bedeutung gebraucht. In diesem Abschnitt soll unter "Überraschungsentscheidung" eine endgültige Entscheidung verstanden werden, deren Inhalt nach dem bisherigen Verfahrensverlauf von einem Beteiligten billigerweise nicht erwartet werden konnte. Ein subjektives Moment, die entsprechende Absicht des Gerichts muß nicht hinzukommen, denn regelmäßig ist es nicht böser Wille, sondern mangelnde Verhandlungsführung, die zu der Überraschung eines oder aller Beteiligten führt, also nur ein Nebeneffekt.

Natürlich könnte man auch einstweilige Entscheidungen, die ohne Gehör einer Seite ergehen, um diese nicht zu warnen, Überraschungsentscheidungen nennen,³⁶ diese sind hier aber ebensowenig gemeint wie die Fälle, in denen ein Beteiligter von einer Entscheidung überrascht wird, weil er noch nicht mit einer Entscheidung zu rechnen brauchte.³⁷ Diese Fälle bleiben hier außer Betracht, weil es sich im ersten Fall nicht um endgültige Entscheidungen, im anderen Fall nicht um inhaltliche Überraschungen handelt.

2. Der Fall des § 278 III ZPO

Mit dem Hinweis, Art. 103 I GG schütze "nicht vor Überraschungsentscheidungen jeder Art"³⁸ ist nicht viel gewonnen. Es ist ja gerade das Problem, welche Überraschungsentscheidungen dem Gericht von Verfassungen wegen verboten sind. Kein Zweifel besteht zunächst daran, daß das Gericht die Beteiligten darauf hinzuweisen hat, wenn sie von einer falschen Rechtsauffassung ausgehen. Dann können sie nämlich ihr Äußerungsrecht nicht sinnvoll ausüben, da sie nicht richtig bestimmen können, welcher Vortrag entscheidungserheblich sein kann.

Häufiger ist aber wohl der Fall, daß eine Partei zutreffende rechtliche Gesichtspunkte vorträgt, aber die Entscheidung dennoch anders ausfallen muß,

36) In diesem Sinne wird der Begriff von v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (852) verwendet; zu diesen Entscheidungen vgl. u. § 14 II.

37) S. o. § 7 VII 2 c.

38) So BayVerfGH 17, 72 (73 f.); 19, 30 (32); 33, 106 (108); Eyermann-Fröhler, § 138 VwGO Rdnr. 4; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 9; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 11.

als es die Partei erwartet, weil sie andere rechtliche Gesichtspunkte übersehen hat, oder sie zwar gesehen hat, aber in ihrer Erheblichkeit für die Entscheidung nicht erkennt. Auch hier fordert das Recht der Partei, sich zum entscheidungserheblichen Sachverhalt zu äußern, einen Hinweis des Gerichts auf die bisher noch nicht erörterte Anwendbarkeit eines entscheidungserheblichen Rechtssatzes und seiner tatsächlichen Voraussetzungen.³⁹ Diese Forderung ist jetzt in § 278 III ZPO positiviert, wonach das Gericht, außer bei Nebenforderungen, seine Entscheidung auf einen von einer Partei erkennbar übersehenen oder für unerheblich gehaltenen rechtlichen Gesichtspunkt nur stützen darf, wenn es Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat.

Eine solche Pflicht des Gerichts war auch schon vor der Einfügung des § 278 III ZPO durch die Vereinfachungsnovelle in Rechtsprechung und Lehre anerkannt.⁴⁰ Die Einfügung ist deswegen mit der Begründung für überflüssig gehalten worden, diese Pflicht des Gerichts ergebe sich ohnehin schon aus § 139 ZPO; einer ausdrücklichen Vorschrift bedürfe es nicht. In der Tat betrifft § 278 III ZPO einen Ausschnitt aus der dem Gericht schon durch § 139 auferlegten Verpflichtung.⁴¹ Dennoch ist die Vorschrift für die Gewährung des rechtlichen Gehörs von großer Bedeutung, umschreibt sie doch gerade den Sektor der Hinweispflicht, der zugleich ein Gebot des rechtlichen Gehörs ist.

Hierüber geht § 278 III ZPO auch nicht hinaus. Die Bekanntgabe des Urteils schon in der mündlichen Verhandlung vor seiner Verkündung,⁴² die Einräumung einer Gelegenheit zu neuem Tatsachenvortrag nach erfolgtem Hinweis⁴³ oder die Verpflichtung, auf eingetretene Verjährung hinzuweisen,⁴⁴ ist der Vorschrift nicht zu entnehmen.

Bei dieser Auslegung ist § 278 III ZPO daher - anders als die allgemeine Vorschrift des § 139 ZPO - in seinem ganzen Anwendungsbereich eine Ausprägung

39) Ähnlich Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 278 Anm. III 1; Zeiss, § 32 II; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1023); Bischof, NJW 1977, 1897 (1901); E. Schneider, MDR 1977, 881 (883); BVerwG, NJW 1983, 770.

40) RG 49, 347; BVerwG 36, 264 (266) und NJW 1959, 2227; BGH, VersR 1963, 1149; BFH, BStBl. 1978 II 59; Kurth, S. 135; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1023); Hinz, NJW 1976, 1187; Rosenberg, ZZP 49, 38 (71 f.); Kubisch, NJW 1965, 1315 (1316); Bernhardt, Festschrift für Rosenberg, S. 9 (20); Jauernig, Verhandlungsmaxime, S. 18; Levin, Prozeßleitung, S. 122 ff.; ablehnend Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., § 139 Anm. II 1 c.

41) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 78 III 1 d; Hinz, NJW 1976, 1187; anders Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 278 Anm. 5 B; § 278 III sei einerseits enger, andererseits weiter als § 139 ZPO.

42) So E. Schneider, MDR 1977, 881; a. A. Baur, ZZP 91, 329 (330).

43) So E. Schneider, MDR 1977, 881 (882); a. A. Franzki, NJW 1979, 9 (12); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 278 Anm. 5 D.

44) S. dazu o. Fn. 10.

des Rechts auf Gehör; wird gegen § 278 III ZPO verstoßen, ist stets auch das rechtliche Gehör verletzt.⁴⁵

Für das Zivilprozeßrecht hat sich diese Ansicht nahezu einhellig durchgesetzt.⁴⁶ Dagegen wird für die verwaltungsgerichtlichen Verfahrensordnungen⁴⁷ und besonders für die entsprechende Vorschrift des § 265 StPO⁴⁸ ein Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör bis heute vielfach zu Unrecht abgelehnt.

Dieser Gleichlauf von § 278 III ZPO und rechtlichem Gehör besteht wohl auch dann, wenn sich eine Partei keinerlei Gedanken zu einem Rechtsproblem gemacht hat, also auch im strengen Wortsinn nicht "überrascht" werden kann.⁴⁹ Auch ihr kann nur durch einen entsprechenden Hinweis zu effektivem rechtlichen Gehör zu dieser Rechtsfrage verholten werden.

Das rechtliche Gehör ist daher verletzt, wenn beide Parteien von der Anwendbarkeit deutschen Rechts ausgehen, das Gericht aber überraschenderweise ausländisches Recht anwendet,⁵⁰ wenn es Verteidigungsvorbringen zum Nachteil des Beklagten wertet,⁵¹ wenn es angetretenen Sachverständigenbeweis wegen eigener Sachkunde nicht erhebt,⁵² ohne die Parteien vorher darauf hinzuweisen.

45) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 4; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 b und § 278 Anm. 3; Arens, Rdnr. 37; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 278 Anm. III; BGH, NJW 1980, 1794 (1795); Schlosser, ZPR, Rdnr. 38; für den Verwaltungsprozeß Kopp, § 104 VwGO Rdnr. 2; für die strafprozessuale Vorschrift des § 265 StPO ebenso: Seidel, S. 15 ff.; Rumpel, S. 130; einschränkend Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 66, wo nur eine "unvorhergesehene Überraschungsentscheidung" für eine Verletzung gehalten wird. Unvorhersehbarkeit gehört aber wohl zum Begriff der Überraschung.

46) A. M. nur B. Werner, S. 71 und (beiläufig) BVerfG, NJW 1980, 1093, sowie - für das Schiedsverfahren - BGH 85, 288 (292).

47) Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60; BFH, BStBl. 1976 II 431; anders jetzt mit Recht BFH, BStBl. 1978 II 59.

48) Röhl, NJW 1959, 285 (286) und 1964, 273 (277), der aber immerhin ein nobile officium des Gerichts annimmt; Dahs, S. 33; BayVerfGH 11, 190 (195) und 15, 38 (40 f.); Gietl, NJW 1959, 928 (929); Jagusch, NJW 1959, 265 (266 f.); Grünwald, S. 54; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 28.

49) A. A. Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 78 III 1 d.

50) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 4 und Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 100; Bischof, Rdnr. 83; Hinz, NJW 1976, 1187 (1188); Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 278 Anm. III 4; BGH, NJW 1976, 474; ebenso bereits Prager, AcP 133, 143 (170).

51) RG, JW 1903, 22 (Nr. 6); Hinz, NJW 1976, 1187 (1188); Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 278 Anm. III 4.

52) BGH, NJW 1970, 419; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 278 Anm. III 4; vgl. auch BVerfG 10, 177 (181 f.).

3. Weitere Fälle von Überraschungsentscheidungen

Fast einhellig anerkannt ist heute, daß auch im "umgekehrten" Fall eine verbotene Überraschungsentscheidung vorliegt: Wenn das Gericht im Prozeß eine Rechtsmeinung geäußert hat oder ausdrücklich oder durch sein Verhalten⁵³ hatte erkennen lassen, daß es bestimmte Fragen für erheblich oder unerheblich hält, später aber seine Rechtsauffassung ändern will, dann hat es sich durch sein Verhalten insofern selbst gebunden, daß es einen Hinweis geben muß, wenn es davon wieder abgehen will.⁵⁴

Es sollte aber nicht zweifelhaft sein, daß eine verbotene Überraschungsentscheidung auch dann vorliegt, wenn das Gericht seine ständige Rechtsprechung ändert. Zu einer solchen Absicht muß es die Parteien vorher anhö~~r~~en, damit sie sich zu der Rechtslage äußern können, die sie bisher - aus ihrer Kenntnisfrüherer Entscheidungen desselben Gerichts - für problemlos halten konnten.⁵⁵

53) In Betracht kommen besonders Beweis- und Auflagenbeschlüsse.

54) Rosenberg-Schwab, § 85 III 4; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (367); Rüping, S. 158; Schwartz, S. 57; E. Schneider, MDR 1968, 721 (726); Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1028 f.); Eb. Schmidt, I Rdnr. 345; Keidel, S. 47; Pentz, JR 1967, 85 (86); Kolb, S. 52; Dahs-Dahs, Rdnr. 99; W. Wolf, JR 1965, 87 (89 f.); Henkel, S. 250; Lorenz, S. 234; Rausche, S. 43; Schultz, MDR 1959, 174 (175); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 9; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 12; Redeker-von Oertzen, § 108 VwGO Rdnr. 7; Habscheid, ZJP 79, 452 (456 f.); Kubisch, NJW 1965, 1315 (1317); Dahs, NJW 1961, 1244 (1245); BGH, KTS 1973, 128 (133) und VersR 1963, 1149; BayVerfGH 15, 38 (40, angedeutet auch schon in BayVerfGH 13,24,25); BFH 107,186 (193); OLG Königsberg, HRR 1938, 1134; KG, OLGZ 1966, 90 (96); BayObLG 1972, 29 (36 f.); ebenso für die Schiedsgerichtsbarkeit Schwab, S. 100 und für die EMRK Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 30; a. A. Jagusch, NJW 1962, 1645 (1647) und Röhl, NJW 1964, 273 (277).

55) Grunsky, § 25 III 1; Hinz, NJW 1976, 1187 (1188); Pentz, JR 1967, 85 (86); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 9; Seidel, S. 17 (Fn. 2); Koeniger, S. 245; A. Arndt, NJW 1962, 25 (27) und 1963, 432 (433); Behrendt, S. 37; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); Ortlieb, S. 59; Rausche, S. 43; Keidel, S. 47; Dahs, S. 18; Dahs-Dahs, Rdnr. 99; Pikart-Henn, S. 80; Tschira-Schmitt Glaeser, S. 292; Keidel, JZ 1962, 478 (480); BVerwG, NJW 1961, 891 und 1549; BFH 107, 186 (193); BayVerfGH 15, 38 (41); BayObLG 1972, 29 (36 f.); ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 164; a. A. Kenneweg, S. 52; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (367); A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 2 b; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Röhl, NJW 1964, 273 (277); Jagusch, NJW 1962, 1645 (1647); Jansen, S. 27 (Fn. 66); Henkel, S. 250; Klinger, § 108 VwGO Anm. C 1; zweifelnd Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1029) und Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 57.

Dagegen ist eingewandt worden, daß das Gericht durch diese Forderung an der Entwicklung neuer Rechtsgedanken gehindert werde. Denn es müsse "jeden neuen Rechtsgedanken, ... möge er nun zentral oder entlegen, bedeutsam oder weniger wichtig sein, solange er nur Bestandteil der beabsichtigten Entscheidung" sein solle, zuvor zur Diskussion der Beteiligten stellen.⁵⁶ Dabei wird verkannt, daß die Forderung nur dahingeht, daß solche neuen Rechtsgedanken zur Anhörung verpflichten, die die Entscheidung tragen. Ausführungen in obiter dicta, auch mit dem Ziel, eine baldige Änderung der Rechtsprechung anzukündigen (sog. "Warnentscheidungen") sind dadurch keineswegs verboten. Sie mögen für die Parteien im gewöhnlichen Wortsinn ebenfalls "überraschend" sein; solange sie aber keine Bedeutung für die Entscheidung gewinnen, können sie dadurch nicht betroffen sein.

Richtig ist allerdings, daß die Revision oder Verfassungsbeschwerde gegen eine solche Überraschungsentscheidung nicht in allen Fällen Erfolg haben wird.⁵⁷ Oft wird das Gericht nämlich auf die mehreren Möglichkeiten zur Beurteilung der entscheidungserheblichen Rechtsfrage hingewiesen und den Beteiligten dadurch Gelegenheit gegeben haben, sich dazu zu äußern. Welcher Meinung es letztlich den Vorzug geben wird, braucht es nach der hier vertretenen Ansicht schließlich nicht anzudeuten.

Zweifelhaft ist nur, ob man auch noch den nächsten Schritt tun muß, nämlich fordern, daß das Gericht seiner Entscheidung nur solche rechtlichen Gesichtspunkte zugrundelegen dürfe, zu denen sich die Parteien äußern konnten.⁵⁸

Das ist nicht gleichbedeutend mit der Forderung nach dem Rechtsgespräch des Gerichts mit den Parteien: Dieses verlangt jedenfalls eine gewisse Offenbarung der Ansicht des Gerichts; die hier erhobene Forderung hingegen nur, die Parteien nicht mit unerörtert gebliebenen Rechtsausführungen zu überraschen - wie auch immer im Ergebnis die Entscheidung ausfallen mag. Bejaht werden kann dies wohl nur in einem geringeren Umfang als bei der Verwertung von Tatsächlichem. Zunächst kommen, wie auch beim Abgehen von früherer Rechtsprechung, nur solche Erwägungen in Betracht, die die Entscheidung tragen; andere brauchen die Parteien des konkreten Prozesses nicht zu interessieren. Man wird den Begriff 'Rechtsauffassung' auch in einem generalisierenden Sinn verstehen müssen: Ob eine Tatsache unter Verkürzung des Rechts auf Äußerung verwertet wurde,

56) So Jagusch, NJW 1962, 1645 (1648).

57) Vgl. Dahs, S. 34.

58) Grundsätzlich bejahend: Möhring-Nirk, 25 Jahre BGH, S. 305 (323); Löwe, S. 137; Deubner, Festschrift für Schiedermaier, S. 79 (85); Ule, S. 464 und DVBl. 1959, 537 (542); v. Stackelberg, MDR 1983, 364; Redeker-v. Oertzen, § 108 VwGO Rdnr. 7; Kohlenbach, Betrieb 1973, 599; ablehnend Eyer mann-Fröhler, § 86 VwGO Rdnr. 30; W. Wolf, JR 1965, 87 (90); Grünewald, S. 54; Röhl, NJW 1966, 630; Kurth, S. 139; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4 A; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 77; BVerfG, 2 BvR 129/63, unveröffentlicht, mitgeteilt bei Lepa, DRiZ 1969, 5 (8); für das österreichische Recht Sprung-König, öJBl. 1976, I (7); zweifelnd Reinhardt, S. 162 f.

läßt sich im Regelfall präzise sagen. Für die Erörterung einer Rechtsfrage im hier geforderten Sinne muß es dagegen genügen, wenn der Problemkreis als solcher angesprochen ist. Entscheidend muß immer sein, ob der Beteiligte nach der Verhandlung mit den rechtlichen Erwägungen rechnen mußte, die er im Urteil findet.

Auch wenn man dieser Meinung, die letztlich eine Ausdehnung des § 278 III ZPO auf alle rechtlichen Gesichtspunkte darstellt, die entscheidungserheblich sind, nicht folgt, wird man freilich gut daran tun, trotzdem alle Rechtsfragen anzusprechen, die die Parteien nicht schon selbst diskutiert haben. Ob nämlich eine Partei einen rechtlichen Gesichtspunkt "erkennbar" für "unerheblich" gehalten hat, wird bei der mangelnden Bestimmtheit dieser Voraussetzungen des § 278 III ZPO nicht selten zweifelhaft sein.⁵⁹

4. Annäherung an die These vom Rechtsgespräch

Folgt man der hier vertretenen Auslegung des Begriffs der Überraschungsentscheidung, so zeigt sich, daß die Auffassungen der Befürworter und Gegner eines Rechtsgesprächs nicht so weit auseinanderliegen, wie es zunächst den Anschein hatte. Arndt selbst hat seine These vom Rechtsgespräch dahin konkretisiert, es bestehe eine rechtsstaatliche Warnpflicht, weil die Parteien mit einem verschwiegenen Rechtsgedanken ebenso wenig überrascht werden dürften wie mit einer nicht erörterten Tatsachenannahme,⁶⁰ und dieser Gedanke wird auch für die Begründung der Zustimmung zu Arndts These herangezogen.⁶¹ Reduziert man aber die umfassende Pflicht zum Rechtsgespräch auf das Verbot einer Entscheidung ohne Rechtsgespräch, wenn es sich andernfalls um eine Überraschungsentscheidung handelt, dann decken sich die Ansätze im Grunde, und es kann allenfalls der Umfang der dem Gericht obliegenden Verpflichtung im Einzelfall zweifelhaft sein. Im Sinne der hier konstatierten Annäherung der Standpunkte sind wohl auch Formulierungen zu verstehen, es sei "ein gewisses"⁶² oder "kein eingehendes"⁶³ Rechtsgespräch aus dem Recht auf Gehör abzuleiten.

Das negativ formulierte Verbot einer Überraschungsentscheidung dürfte aber terminologisch den Vorzug vor dem positiven Gebot eines Rechtsgesprächs

59) Jauernig, 19. Aufl., § 29 IV; E. Schneider, MDR 1977, 881 (883 f.).

60) Arndt, NJW 1960, 1191 (1193).

61) Grunsky, § 25 III 1.

62) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 139 Anm. 2 E.

63) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 4; vgl. weiter Kubisch, NJW 1965, 1315 (1316).

verdienen. Die Forderung nach einem Rechtsgespräch ist - nicht zuletzt durch die Unschärfe des zunächst geprägten Begriffs und die Mißverständnisse, zu denen er geführt hat - vorbelastet. Zudem läßt sich abstrakt schwer sagen, wozu es den Richter eigentlich verpflichtet. Hingegen läßt es sich leichter bestimmen, was der Richter nicht darf: die Beteiligten mit rechtlichen Erwägungen überraschen, mit denen sie weder rechnen konnten noch mußten.

§ 10. Rechtliches Gehör und Zeitfaktor

Sowohl die Pflicht zur Gewährung einer Äußerungsgelegenheit als auch das Recht auf Berücksichtigung des Geäußerten hängen in ihrer Effektivität wesentlich davon ab, wann sie erfüllt werden. Dabei handelt es sich um eine durchaus ambivalente Forderung: Zum einen muß genug Zeit gegeben werden, damit sich die Beteiligten in sachgerechter Weise äußern können, zum anderen gefährdet eine zu lange Dauer des Verfahrens - von anderen Folgen für die Effektivität des Rechtsschutzes einmal ganz abgesehen - auch die Verwirklichung des rechtlichen Gehörs, besonders im Beweisantragsrecht. Dieser Wechselwirkung von rechtlichem Gehör und Zeitfaktor im Prozeß soll im folgenden Abschnitt nachgegangen werden.

1. Der Zeitfaktor beim Recht auf Äußerung

Am offensichtlichsten ist der Zusammenhang zwischen Zeitlauf und Recht auf Gehör beim Recht auf Äußerung. Dabei darf noch einmal auf die an anderer Stelle im Zusammenhang behandelten Fragen des Zeitpunkts und der zeitlichen Grenzen der Ausübung eines konkreten Äußerungsrechts verwiesen werden.¹

Hier interessieren jetzt die zeitlichen Grenzen, die für die Ausübung des Äußerungsrechts abstrakt bestehen: die Fristen für die Wahrnehmung und die Frage, inwieweit eine Vertagung durch das Recht auf Gehör geboten sein kann.

1. Die ausreichende Äußerungsfrist

a) Grundsatz

Es ist allgemein anerkannt, daß das Recht auf Äußerung das Bestehen ausreichender Fristen für eine vom Beteiligten etwa beabsichtigte Stellungnahme enthält. Der Beteiligte soll nicht nur überhaupt Gelegenheit zur Stellungnahme haben, sondern Gelegenheit zu wohlervogener Äußerung.²

1) S. o. § 7 V.

2) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 5; Schönke-Kuchinke, § 8 III 3; Baumann, Rdnr. 79; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 65, 67; Arens, Rdnr. 36; Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 527 Anm. VII 5; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 15; Schwartz, S. 68; Kurth, S. 126; Kenneweg, S. 77 ff.; Rüping, S. 149;

Welche Frist in der Regel als ausreichend angesehen werden kann, ist in den gesetzlichen Fristen typisiert. So schreibt § 274 III ZPO eine Einlassungsfrist von zwei Wochen vor, wenn ein früher erster Termin stattfindet; im schriftlichen Vorverfahren ist eine Frist von zwei Wochen für die Anzeige der Verteidigungsbereitschaft und von mindestens zwei weiteren Wochen zur Klageerwidderung vorgesehen (§ 276 I ZPO). Diese Vorschriften lassen sich aber nicht dahin verallgemeinern, daß eine Frist von zwei Wochen als angemessene Äußerungsfrist angesehen werden könnte; es kommt immer auf die Umstände des Einzelfalls an. Im Anwaltsprozeß muß die Frist jedenfalls lang genug sein, damit der Beklagte einen Anwalt konsultieren kann,³ um sich dann schlüssig zu werden, ob er der Klage entgegentreten soll; zwei Wochen dürften hier die unterste Grenze darstellen. Wird einer Partei die Beibringung einer Behördenauskunft aufgegeben, dann muß das Gericht bei der Fristsetzung beachten, daß dies in der Regel eine zeitraubende Sache ist; eine zu knapp bemessene Frist würde die Partei hier in ihrem Äußerungsrecht verletzen.⁴ Andererseits kann in einem bereits laufenden Prozeß in einer einfachen Sache auch eine Frist von einer Woche zur Stellungnahme durchaus ausreichend sein. Solche Fristen sind nicht etwa "anachronistisch",⁵ sondern stellen den notwendigen Ausgleich zwischen dem Recht auf Gehör und dem Erfordernis beschleunigter Prozeßdurchführung dar.

Welche Äußerungsfrist ausreichend ist, läßt sich also abstrakt nicht sagen und manchmal vom Richter auch bei Setzung der Frist nicht genau vorausbestimmen. Wenn sich nachträglich herausstellt, daß sie zu knapp bemessen war, kann Art. 103 I GG ihre Verlängerung fordern.⁶ Entsprechend kann die nach § 226 ZPO

Schorn, Menschenwürde, S. 87 f.; Jünemann, S. 42; Rausche, S. 42; Behrendt, S. 18; Ule, VwPR, § 30 I; Seidel, S. 78 f.; Keidel, S. 41; Dahs, S. 13, 85; Dahs-Dahs, Rdnr. 97; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (367); Baur, AcP 153, 393 (403); Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 74 c; Prager, AcP 133, 143 (162); v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); Röhl, NJW 1958, 1268 (1270); Hamann, AnwBl. 1958, 141 (148); E. Schneider, MDR 1979, 617 (618); Waechter, Betrieb 1971, 289 (291); Kopp, § 108 VwGO Rdnr. 27; Giese-Schunck, Art. 103 Anm. II 1; BVerfG 4, 190 (192); 49, 212 (216); RG 81, 321 (324); BVerwG, NJW 1961, 891 (892) und DVBl. 1962, 449; BGH 27, 163 (167); OLG Karlsruhe, MDR 1982, 1026 (1027); ebenso für das schweizerische Recht: Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 124; Reinhardt, S. 214; für die EMRK: Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 44.

3) Vgl. für das schweizerische Recht Reinhardt, S. 214 und BG 86, 1 (3).

4) BVerfG 49, 212 (216).

5) So aber Ostler, ZRP 1981, 59.

an sich mögliche Abkürzung von Fristen verboten sein, wenn sie das Äußerungsrecht der Beteiligten verkürzen würde.⁷ Das kann man aber nicht dahin verallgemeinern, daß man Anspruch auf eine Frist von bestimmter Dauer hätte.^{7a}

Bedenklich ist es daher, wenn das BVerfG⁸ in einem sachlich und rechtlich ganz einfach gelagerten Fall eine Verletzung des rechtlichen Gehörs annimmt, weil das AG auf eine Beschwerde am vierten Tag nach Eingang der Beschwerdeschrift beim Beschwerdegegner entschieden hatte. Es ist sicher ein nobile officium, nicht derart kurzfristig zu entscheiden; ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör kann darin, wenn die Partei nicht aus in der Sache liegenden Gründen an sofortiger Stellungnahme gehindert war, nicht erblickt werden. Hier wird nicht mehr das rechtliche Gehör der Partei geschützt, sondern das Wochenende ihres Anwalts.

Wird der Partei eine Frist gesetzt, die für eine angemessene Stellungnahme zu kurz ist,⁹ so darf sie sich allerdings nicht darauf beschränken, die Verkürzung ihres Gehörs durch eine unangemessene Äußerungsfrist zu rügen. Sie muß vielmehr innerhalb der tatsächlich angemessenen Frist ihre Entgegnung vortragen; andernfalls würde die Entscheidung nicht (allein) auf der Gehörsverkürzung beruhen.¹⁰

Äußerungsfristen sind nicht nur dann zu bewilligen, wenn - wie dem Beklagten bei Übersendung der Klage - aus unterlassener Äußerung Rechtsnachteile drohen, sondern auch dann, wenn sich der Beteiligte äußern möchte, obwohl eine solche Äußerung nach der Prozeßordnung entbehrlich ist. Behält sich daher ein Beschwerdeführer vor, seine Beschwerde noch zu begründen,¹¹ oder ist nach den Umständen eine Begründung noch zu erwarten,¹² so muß das Gericht entweder für die Begründung eine angemessene Frist setzen oder angemessene Zeit warten, ehe es die Beschwerde verwirft.¹³

6) BayVerfGH 16, 1 (4); BayObLG 1954, 1 (4); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 67; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 7; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 c aa; Schwartz, S. 69; Röhl, NJW 1958, 1268 (1271) und 1964, 273 (277); Behrendt, S. 18; Kenneweg, S. 99; Keidel, S. 145.

7) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 226 Anm. 1 B; Rumpel, S. 101; KG, NJW 1977, 1016 (1017); BSG 1, 277 (279).

7a) Daher ist es kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör, wenn die Zustellung durch Niederlegung auf der Post (§ 182 ZPO) zu einer Verkürzung der Einspruchsfrist führt, wenn der Bürger noch geeignete Maßnahmen treffen kann, die es ihm ermöglichen, die Frist einzuhalten; BayVerfGH, BayVBl. 1983, 210.

8) BVerfG 60, 313 (318); ähnlich BAG, MDR 1982, 611.

9) Auch die gesetzliche Mindestfrist für die Klageerwidernung kann bei umfangreichem oder schwierigem Streitstoff unzureichend sein, so mit Recht OLG München, MDR 1980, 147 (148).

10) Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 527 Anm. VII 5.

11) Notwendig ist eine Begründung - außer im Fall der §§ 100 ZVG und 621e ZPO nicht, vgl. für alle Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 149 I 2.

12) BayObLG, NJW 1974, 2322; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 75.

Die Gegenmeinung, die sich für die sofortige Beschwerde auf die mit der Fristgebundenheit beabsichtigte Beschleunigung berufen hat,¹⁴ wird heute nicht mehr vertreten und ist auch vom BayVerfGH aufgegeben worden.¹⁵ Unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ist von den beiden Möglichkeiten, das Äußerungsrecht zu wahren, der Fristsetzung der Vorzug zu geben; aus dem rechtlichen Gehör kann diese Pflicht aber nicht abgeleitet werden.¹⁶

Das Gericht darf auch einen Beteiligten, der in berechtigter Erwartung der Entscheidung über beantragte Akteneinsicht die angekündigte Beschwerdebegründung zurückstellt, nicht mit einer Sachentscheidung überraschen.¹⁷

Bei Übersendung eines gegnerischen Schriftsatzes, besonders einer Beschwerdeschrift, ist eine Fristsetzung für die Äußerung des Beteiligten nicht vorgeschrieben und ebensowenig eine Erwiderung überhaupt erforderlich. Dennoch muß das Gericht auch hier eine Frist setzen oder angemessene Zeit warten, um dem Recht auf Äußerung zu entsprechen.¹⁸

b) Länge von Rechtsbehelfsfristen

Nicht alle Fristen kann der Richter je nach den Umständen des Einzelfalls in verschiedener Länge festsetzen; insbesondere Rechtsbehelfsfristen sind der richterlichen Verlängerung entzogen (§ 224 II ZPO). Solche Fristen sind daher nur dann unbedenkliche Ausgestaltungen des Rechts auf Äußerung, wenn sie die Wahrnehmung des Rechtsbehelfs nicht in unzumutbarer Weise erschweren. Die Zweiwochenfrist für die Einlegung des Einspruchs (§ 339 I ZPO) und die Monatsfrist für die Rechtsmittel (§§ 516, 552 ZPO) sind sicher ausreichend; auch die Wochenfrist für den Einspruch in Arbeitssachen (§ 59 S. 1 ArbGG) ist, zumal die Partei

13) BVerfG 7, 239 (240); 8,89; 12, 6 (9) und 110 (113); 17, 191 (193); 24, 23 (25); KG, NJW 1954, 1410; OLG München, MDR 1959, 308; OLG Bremen, NJW 1963, 1321; OLG Karlsruhe, MDR 1983, 250 (251); BayObLG, MDR 1957, 106 und NJW 1960, 43 (44); BayObLG 1958, 182 (186); LAG Frankfurt, Betrieb 1966, 1656; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 IV 2; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 569 Anm. 2 b; Kurth, S. 94, 113, 168; Behrendt, S. 19; Lerche, ZZP 78, 1 (18); Rüping, S. 148; Leonhard, Rpfleger 1964, 37 (40); Säcker, NJW 1970, 1666 (1668); Waechter, Betrieb 1971, 289 (291); E. Schneider, MDR 1979, 617 (721); Kolb, S. 55; Keidel, S. 143; Koeniger, S. 248; Seidel, S. 78; Kissel, § 16 GVG Rdnr. 79; Bischof, Rdnr. 26; Jansen, S. 22; Lesser, DRiZ 1960, 420 (421); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 7; Röhl, NJW 1958, 1268 (1272); Prager, AcP 133, 143 (181); ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 215; für die EMRK: Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 44.

14) BayVerfGH 11, 90 (100 f.); RG, JW 1903, 125 (Nr. 11, mit der Begründung, die Partei sei verpflichtet gewesen, selbst Setzung einer Frist zu beantragen); wohl auch Röhl, NJW 1964, 273 (277).

15) BayVerfGH 17, 13 (14); offen noch BayVerfGH 12, 127 (129).

hierüber belehrt wird (§ 59 S. 3 ArbGG), wohl unbedenklich.

Eine noch kürzere Einspruchsfrist enthielt das ArbGG 1953, das eine dreitägige Frist festsetzte (§ 59 ArbGG a.F.). Das BVerfG¹⁹ hat auch diese Frist noch als ausreichend angesehen, dabei aber maßgeblich darauf abgestellt, daß der Zustellungsadressat über die Länge dieser Frist belehrt werde. Sicher ist mit einer solchen Frist aber die Grenze dessen erreicht, was noch als angemessen angesehen werden kann. Es muß nämlich immer bedacht werden, daß die Rechtsbehelfsfristen ihre Rechtfertigung im Ziel der Prozeßbeschleunigung finden und der Erschwerung des Zugangs zur nächsten Instanz stets eine größere Schnelligkeit der endgültigen Entscheidung entsprechen muß. Ob Einsatz und Erfolg bei der Verkürzung von Fristen unter eine Woche noch in einem sinnvollen Verhältnis stehen, muß bezweifelt werden.

2. Fristwahrung und Wiedereinsetzung

a) Fristwahrung

Gesetzliche und richterliche Fristen enden mit dem Ablauf des letzten Tags der Frist; der Tag endet, woran auch unter Juristen eigentlich nie ein Zweifel bestanden haben sollte, um 24 Uhr. Dennoch hat es dreier Entscheidungen des BVerfG²⁰ bedurft, um diesem Satz allgemeine Anerkennung zu verschaffen. Es genügt daher der Einwurf in den Briefkasten des Gerichts, auch wenn dieses keinen Nachtbriefkasten hat,²¹ bis 24 Uhr am Tag des Fristablaufs, und solange kann ein Rechtsmittel auch noch mittels Fernschreiber dem Gericht übermittelt werden. Wann an diesem Tag die Dienstzeit endet, spielt keine Rolle.

16) BayVerfGH 33, 101; BayObLG 1959, 360 (362); OLG Karlsruhe, MDR 1983, 250 (251); Röhl, NJW 1958, 1268 (1272); a. A. OLG Dresden, RsprOLG 36, 185 und wohl auch KG, NJW 1954, 1410.

17) BVerfG 18, 399 (406); Waechter, Betrieb 1971, 289 (291).

18) BVerfG 4, 190 (191 f.); 24, 23 (25); 50, 280 (284 f.); 60, 313 (317); Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 573 Anm. IV 4; Dapprich, S. 49; Rumpel, S. 40; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 74 c.

19) BVerfG 36, 298 (303); v. Münch-Rauball, Art. 103 Anm. 6.

20) BVerfG 41, 323; 42, 128 (131); 44, 302 (306).

21) Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 25; BVerfG 42, 128 (131).

Fristgemäß eingegangen ist auch ein Schriftstück, das von der Post am Tag des Fristablaufs zur üblichen Zeit in das Abholfach des Gerichts einsortiert wird. Die Frist ist nicht versäumt, auch wenn das Fach schon vor dem Abschluß der Einsortierung geleert worden ist.²²

Für die Wahrung der Fristen kann auch nicht verlangt werden, daß das einzureichende Schriftstück durch den zuständigen Bediensteten entgegengenommen worden ist. Es kann daher nicht auf den Eingangsstempel abgestellt werden, sondern allein darauf, daß der Schriftsatz rechtzeitig in die Verfügungsmacht des Gerichts gelangt ist.²³

Dazu genügt es freilich nicht, daß er an irgendeiner Stelle eines mehrere Gerichte beherbergenden Amtsgebäudes abgegeben worden ist. Befinden sich beispielsweise AG und LG im selben Haus, so genügt es nicht, einen Schriftsatz bei der Posteinlaufstelle des AG in einen Korb zu legen, der mit der Aufschrift "Landgericht - Nicht für Fristsachen" versehen ist. Dadurch ist der Schriftsatz (nur) beim AG eingereicht.²⁴

Dieses Abstellen auf die Verfügungsmacht des Gerichts hat Bedeutung nicht nur für die Wahrung von Notfristen, sondern auch für die anderen Fristen, etwa für die Frist, innerhalb der Widerspruch gegen einen Mahnbescheid einzulegen ist.²⁵ Auch hier genügt es für die rechtzeitige Einlegung, wenn der Widerspruch innerhalb der Zweiwochenfrist (§ 692 I Nr. 3 ZPO) dem Gericht zugeht, mag er auch der Mahnabteilung nicht sogleich vorgelegt werden.

Zwar wird ein verspäteter Widerspruch nicht zurückgewiesen, sondern als Einspruch behandelt (§ 694 II ZPO). Die Frage, ob es sich in Wahrheit um einen rechtzeitigen Widerspruch gehandelt hat, erlangt aber dann Bedeutung, wenn es anschließend zur Säumnis des Widerspruchsführers kommt; war der Widerspruch verspätet, so liegt ein nur noch unter den Voraussetzungen des § 513 II ZPO anfechtbares Zweites Versäumnisurteil vor.

b) Wiedereinsetzung

Aus der Befugnis, Rechtsmittelfristen bis zum Ende des Tages, an dem sie ablaufen, auszunutzen, ergibt sich, daß auch bei der Prüfung der Verschuldens-

22) Im Ergebnis ebenso BVerfG, NJW 1983, 560, freilich, weil es sich um eine unverschuldete Fristversäumnis handele. Die Einlegung in das Fach bei der morgendlichen Briefverteilung begründet aber schon Verfügungsmacht des Gerichts an diesem Tag, so daß kein Wiedereinsetzungsfall vorliegt.

23) BVerfG 52, 203; 57, 117 (120); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 222 Anm. 2 b.

24) BVerfG 60, 243 (246).

25) BGH, NJW 1982, 888.

frage, wenn eine solche Frist versäumt worden ist, die Tragweite des rechtlichen Gehörs nicht verkannt werden darf. Diese Fristen sind nicht nur Erklärungs-, sondern auch Überlegungsfristen, die Gelegenheit geben sollen, die Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs abzuwägen und sich dabei beraten zu lassen. Das rechtliche Gehör verbietet daher, es dem, der Wiedereinsetzung in eine verstrichene Notfrist beantragt, als Verschulden zuzurechnen, wenn sich bei der Briefbeförderung oder -zustellung durch die Post Verzögerungen ergeben. Die Fristen dürfen vielmehr bis zur Grenze der normalen Postlaufzeit ausgenutzt werden. Das BVerfG²⁶ hat diesen Grundsatz gegen den Widerstand der Praxis im Verlauf von etwa fünf Jahren durchgesetzt und findet inzwischen damit einhellige Zustimmung.²⁷

Der Grundsatz hat allgemeine Geltung; er ist auf die Wahrung jeder Frist und jeder der Post anvertrauten Sendungsart anwendbar. Dennoch hat es jeweils erst mehrerer Entscheidungen des BVerfG bedurft, bis anerkannt war, daß auch für den Zugang zu einer weiteren Instanz nichts anderes gilt,²⁸ und daß es nicht darauf ankommt, ob die Verzögerung bei der Postbeförderung auf dem geringeren Dienst am Wochenende, dem Wetter, auf Schlamperei oder auf falschen Auskünften über die Postlaufzeit durch einen Postbediensteten beruht. Alle Bürger, die sich der Post anvertrauen (und es meist müssen), haben den gleichen Anspruch auf unverkürzte Wahrnehmung ihres Äußerungsrechts.²⁹

Welche Hartnäckigkeit die Untergerichte auch heute noch der durch das Recht auf Gehör gebotenen Rechtsprechung des BVerfG entgegensetzen, zeigt eine neuere Entscheidung des OLG Stuttgart.³⁰ Die Berufungsfrist war versäumt worden, weil der Berufungsführer die Postleitzahl des Sitzes des Berufungsgerichts nicht angegeben hatte. Daß eine Zurechnung der dadurch ausnahmsweise verspäteten Zustellung als Verschulden die Anforderungen überspannt, die an die Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs gestellt werden dürfen, sollte auch ohne Rückgriff auf die §§ 3 II Nr. 3, 12 PostO nicht zweifelhaft sein.

Der Grundsatz, daß bei der Zurechnung von Verschulden im Rahmen des § 233 ZPO die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen, hat über den Bereich

26) BVerfG 40, 42 (44 f.); 41, 23 und 341 (343); 41, 356 (359); 42, 258; 43, 75 (78 f.) und 151 (153); 44, 302 (306); 45, 360 (362); 46, 404 (406); 50, 1 (3) und 397; 51, 146 (149); 52, 203 (207); 53, 148; 54, 80 (84); NJW 1983, 1479. BVerfG, NJW 1983, 560 gehört nicht hierher (s. o. bei Fn. 22).

27) BayObLG, NJW 1978, 1488; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 25; E. Schneider, MDR 1979, 617 (618); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 233 Anm. 5 e.

28) BVerfG 44, 302 (306); 50, 1 (3); v. Münch-Rauball, Art. 103 Anm. 6; Kissel, § 16 GVG Rdnr. 77.

29) BVerfG 41, 23 (27); 44, 302 (307); 53, 25 (29); 54, 80 (84); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 233 Anm. 5 e.

30) NJW 1982, 2832.

der Postverzögerungen hinaus Bedeutung, besonders auch bei der Zustellung an Personen, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind. Wird an eine solche Person eine Entscheidung zugestellt, die ohne vorheriges rechtliches Gehör ergangen ist,³¹ so kann es ihm nicht als Verschulden zugerechnet werden, wenn er die Rechtsbehelfsfrist deshalb versäumt, weil es ihm bis dahin trotz zumutbarer Anstrengungen nicht gelungen ist, das Schriftstück übersetzen zu lassen.³²

Was solche zumutbaren Anstrengungen sind, ist eine Frage des Einzelfalls. Entscheidend ist vor allem, in welche Sprache übersetzt werden muß, wie lange es im konkreten Fall dauert, bis ein Übersetzer gefunden werden kann, und welchen Bildungsgrad ein Ausländer hat, der sich bei bescheidenen Deutschkenntnissen zumindest eine ungefähre Kenntnis vom Inhalt des Schriftstücks verschaffen kann.³³

Die Folge hiervon ist, daß auch das mit der Verfassungsbeschwerde angegangene BVerfG einer Einzelfallprüfung nicht aus dem Weg gehen kann. Es geht hier nicht um eine Modalität, sondern um die Gewährung rechtlichen Gehörs im Verfahren überhaupt. Ein Rückzug auf allgemeine Grundsätze wäre hier gleichbedeutend mit der Aufgabe jeder Kontrolle der Einhaltung des Rechts auf Gehör. Das BVerfG wird hier notwendig als "Superrevisionsinstanz" tätig.³⁴

Um sich dieser Rolle möglichst schnell wieder zu entledigen, hat das BVerfG auch harte Vorwürfe gegen Gerichte, die seiner Rechtsprechung nicht sogleich gefolgt sind, nicht gescheut und behauptet, ein Gericht, das hier die Tragweite der Rechtsprechung des BVerfG verkenne, tue dies in verfassungswidriger Weise.³⁵

Zweifelhaft ist, ob das rechtliche Gehör über die Gewährung der Wiedereinsetzung hinaus gebietet, dem Beteiligten, der die Frist versäumt hat, Gelegenheit zur Stellung eines Wiedereinsetzungsantrags zu geben, ehe das Gericht das nicht fristgemäß eingegangene Rechtsmittel verwirft.³⁶ Die Frage dürfte zu verneinen sein, da das Wiedereinsetzungs gesuch auch nach der Verwerfung des

31) Im Zivilprozeß kommen insbesondere Mahnbescheide, Arreste und einstweilige Verfügungen in Betracht.

32) BVerfG 40, 95 (99); 42, 120 (126); Lässig, Deutsch, S. 102.

33) Lässig, Deutsch, S. 102.

34) Vgl. zur Prüfungskompetenz des BVerfG u. § 19 III 2.

35) BVerfG 40, 88 (94); zustimmend Schlaich, VVDStRL 39, 99 (127); ablehnend Seuffert, AöR 104, 169 (197, Fn. 41). BVerfG 42, 258 (260) spricht korrekter von einem Gesetzesverstoß (§ 31 I BVerfGG).

36) Bejahend Pikart-Henn, S. 80; OLG Köln, JMBINRW 1962, 282; verneinend Jansen, S. 24.

Rechtsmittel angebracht werden kann und daher das rechtliche Gehör des Beteiligten nicht dadurch beeinträchtigt wird, daß er erst durch den Verwerfungsbeschluß von der Verspätung erfährt. Daß ein vorheriger Hinweis - vor allem auch im Hinblick auf die Möglichkeit der Wiedereinsetzung von Amts wegen nach § 236 II ZPO - ein *nobile officium* ist, sollte allerdings keinem Zweifel unterliegen.

3. Die Vertagung von Terminen

Kaum geringere Bedeutung als die Wiedereinsetzung in versäumte Fristen hat in der Praxis die Verlegung von Terminen und die Vertagung der mündlichen Verhandlung. Anders als bei der Wiedereinsetzung ist die Praxis hier sehr großzügig; die Vereinfachungsnovelle 1976 hat dem dadurch einen Riegel vorzuschieben versucht, daß Verlegung und Vertagung nur noch aus "erheblichen Gründen" erfolgen können (§ 227 I ZPO).

Obwohl dem Gericht nach dieser Vorschrift ein Ermessen eingeräumt ist, ob es einen Termin verlegen oder vertagen wolle, wird häufig gesagt, die Parteien hätten aus Art. 103 I GG ein "Recht auf Terminsänderung", wenn ihnen durch die Ablehnung das Vorbringen von Tatsachen erschwert würde.³⁷ Es ist überraschend, mit welcher allgemeinen Formulierungen hier ein Vertagungsrecht der Partei bejaht wird. Im Regelfall kann nämlich ein innerhalb der von § 217 ZPO geforderten Ladungsfrist die Partei durchaus für ihre Vertretung und sachgerechte Wahrnehmung ihres Äußerungsrechts sorgen; mehr aber wird von Art. 103 I GG nicht gefordert. Grundsätzlich ergibt sich daher aus dem rechtlichen Gehör kein Recht auf Vertagung.³⁸ Es ist daher keine Verkürzung des Äußerungsrechts, wenn ein mit dem Wunsch nach Ermittlung neuer Zeugen begründeter

37) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 227 Anm. 1; vgl. auch Rosenberg, 9. Aufl., § 67 IV 2; BVerfG, MDR 1981, 470; BFH, NJW 1976, 119 und BB 1980, 566.

38) BVerfG 14, 195; Waechter, Betrieb 1971, 289 (291); großzügiger Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103, Rdnr. 61, 68 f.; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 5; Schönke-Kuchinke, § 8 III 3, 35 II; Schwartz, S. 70; Rüping, S. 149; Kurth, S. 126 f.; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (367); Röhl, NJW 1958, 1268 (1271); Wieczorek, 2. Aufl., § 227 Anm. C 1; für das schweizerische Recht: Guldener, Nichtigkeitsbeschwerde, S. 106; aus der Rechtsprechung: BayVerfGH 5, 30 (37 f.); RG, JW 1931, 1759 und SeuffArch. 90, 44.

Vertragungsantrag abgelehnt wird,³⁹ wenn nach Auffassung des Gerichts unbehelfliche Ermittlungen abgeschlossen werden sollen,⁴⁰ oder wenn ein Terminverlegungswunsch abgelehnt wird, der damit begründet wird, man plane für den ursprünglich in Aussicht genommenen Termin eine Urlaubsreise.⁴¹

Freilich kann in derartigen Fällen durch die Ablehnung die Waffengleichheit der Parteien beeinträchtigt sein, wenn zuvor dem Vertragungswunsch des Gegners aus einem vergleichbaren Grund stattgegeben wurde, und diese zur Vertagung nötigen.⁴²

Im Einzelfall kann die Ablehnung eines Vertragungsantrags dagegen durchaus eine Verletzung des Rechts auf Äußerung sein:⁴³

So ist es etwa, wenn bei unverschuldetem Anwaltswechsel auf Grund des Umfangs der Akten die bis zum Termin verbleibende Einarbeitungszeit für den neu bestellten Anwalt zu kurz ist,⁴⁴ wenn der Anwalt infolge einer Erkrankung der Partei uninformat ist,⁴⁵ wenn der Anwalt kurz vor dem Termin erkrankt und nicht mehr für anderweitige Vertretung gesorgt werden kann,⁴⁶ wenn in einem schwierigen Fall plötzlich zur Sache verhandelt werden soll, nachdem materiellrechtliche Ausführungen vom Gericht ausdrücklich als sich zunächst erübrigend bezeichnet wurden.⁴⁷

Das gilt insbesondere für das Recht der Parteien, zum Ergebnis einer Beweisaufnahme sachgemäß Stellung zu nehmen. Obwohl ein Beweisaufnahmetermin grundsätzlich auch zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt ist (§ 370 I ZPO), kann ein solches Verfahrenstempo die Parteien überfordern, vor allem dann, wenn die Beweisergebnisse umfangreich, vielschichtig oder überraschend neu sind. Hier ist eine Vertagung geboten, damit die Parteien das Beweisergebnis in Ruhe durcharbeiten können.⁴⁸

39) BVerwG, VerwRspr. 16, 764 (765); Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60.

40) BVerwG, JR 1968, 353; Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60.

41) BVerfG 14, 195; Kenneweg, S. 104. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 337 Anm. 1 B meinen, wegen des Rechts auf ungestörten Urlaub sei tunlichst zu vertagen.

42) So in den Fällen OLG Celle, NJW 1969, 1905 (1906) und OLG Köln, MDR 1971, 933.

43) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 227 Anm. 3 B a; Sydow-Busch, § 227 Anm. 5; Skonietzki-Gelpcke, vor § 128 Anm. 2 A b; RG 36, 398 (400); ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 214.

44) BGH 27, 163 (167); OLG Köln, MDR 1971, 495; BFH 121, 286; Bruns, Rdnr. 115; W. Bernhardt, § 23 IV; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (148); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 69; Pentz, JR 1967, 85 (87); Röhl, NJW 1958, 1268 (1273) und 1964, 273 (278); Kolb, S. 55; Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60; Seidel, S. 46; Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV a 4.

So hat es schon das RG als eine Verkürzung des Äußerungsrechts angesehen, wenn einem Beteiligten nur zwei Tage für die Prüfung eines Gutachtens mit Krankengeschichten aus vier Anstalten, von denen der Sachverständige zwei anscheinend von sich aus beigezogen hatte, zur Verfügung standen,⁴⁹ oder wenn bereits am nächsten Mittag weiterverhandelt wurde, nachdem am Tag zuvor sieben Zeugen bis in den Abend vernommen worden waren.⁵⁰

Einem Vertagungsantrag muß schließlich auch stattgegeben werden, wenn er von einem Prozeßbeteiligten nach mehrstündigem Warten auf den Aufruf seiner Sache wegen anderer eigener Termine beantragt wird.⁵¹

II. Der Zeitfaktor bei der Pflicht zur Berücksichtigung

Die hier vertretene Tendenz, kein allgemeines "Recht auf Vertagung" aus dem Recht auf Äußerung abzuleiten, rechtfertigt sich aus den Berührungspunkten zwischen dem rechtlichen Gehör und dem Beschleunigungsgrundsatz. Noch deutlicher zeigen sich diese bei der Präklusion verspäteten Vorbringens.

1. Zulässigkeit von Präklusionsbestimmungen

Seit 1924 enthält die ZPO Vorschriften, die es gestatten, verspätetes Vorbringen der Parteien zurückzuweisen. Sie schränken das Recht der Parteien ein, alle Behauptungen und Beweismittel grundsätzlich bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, geltendzumachen (§ 296 a ZPO). Durch die Vereinfachungsnovelle ist die Möglichkeit, verspätetes Vorbringen auszuscheiden, erheblich erweitert worden (§§ 296, 528 ZPO n.F.). Soweit es sich um Vorbringen handelt, das eine Partei zu einem früheren Zeitpunkt hätte vorbringen können, aber aus von ihr zu vertretenden Gründen nicht vorgebracht hat, stehen Präklusionsvorschriften nicht im Widerspruch zum Anspruch auf rechtliches Gehör.⁵²

45) BSG 1, 277 (279); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 69; Röhl, NJW 1958, 1268 (1273); Kenneweg, S. 99; Pentz, JR 1967, 85 (87).

46) BVerwG, BayVBl. 1961, 347; Röhl, NJW 1964, 273 (277).

47) BVerwG, MDR 1958, 624; Röhl, NJW 1964, 273 (278).

48) RG 81, 321 (324); RG, JW 1931, 1759 und SeuffArch. 90, 44; BGH, MDR 1978, 46; LM § 249 BGB (Bb) Nr. 2; BSG, NJW 1960, 501; Röhl, NJW 1953, 1531 (1533) und 1964, 273 (279); Aumüller, S. 22; Schwartz, S. 74; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 5; Schöнке-Kuchinke, § 8 III 3; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (367).

49) RG, JW 1931, 1759 (Nr. 6).

50) RG, SeuffArch. 90, 44; nicht überzeugend RG, JW 1937, 2222.

51) BFH, NJW 1977, 919.

Während über diesen Grundsatz Einverständnis bestehen dürfte, sind einzelne Ausgestaltungen der Präklusionsvorschriften in ihrer Vereinbarkeit mit dem rechtlichen Gehör in Zweifel gezogen worden. So hält Deubner⁵³ die Präklusionsvorschriften der §§ 296 I, 528 I, II ZPO insofern für verfassungswidrig, als hiernach die Partei die Beweislast dafür trägt, daß sie die Verspätung nicht verschuldet hat. Jede Beweislastumkehr hat notwendig zur Folge, daß eine Anzahl von Fällen in den Anwendungsbereich der Norm gerät, bei der die Anwendungsvoraussetzungen nicht gegeben sind. In der Tat würde also eine solche Regelung der Beweislast auch zur Zurückweisung oder Nichtzulassung von Vorbringen in Fällen unverschuldeter Verspätung führen und damit einer Partei die Berücksichtigung von Vorbringen versagen, zu dem sie vorher keine unverschuldet versäumte Äußerungsmöglichkeit hatte. Allerdings dürfte den Parteien in den genannten Vorschriften keine volle Beweislast für ihr mangelndes Verschulden auferlegt sein, wie sich aus §§ 296 IV, 528 I 2 ZPO ergibt, die sich mit Glaubhaftmachung begnügen. Es ist daher eine verfassungskonforme Auslegung dahin möglich, daß das Gericht bei hoher Wahrscheinlichkeit der zur Entschuldigung vorgebrachten Tatsachen das Vorbringen zulassen muß.⁵⁴

Leipold⁵⁵ hält die Bestimmung des § 528 III ZPO, die in erster Instanz mit Recht zurückgewiesene Angriffs- und Verteidigungsmittel auch für die Berufungsinstanz ausschließt, für unvereinbar mit dem rechtlichen Gehör.⁵⁶ Das rechtliche Gehör sei aus dem Gesichtspunkt der Beschleunigung nur insoweit beschränkbar, als dadurch eine Verzögerung des Verfahrens verhindert werde. Eine Präklusion ohne diese konkrete Zielrichtung überschreite den Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen. Allerdings bleibt nach § 528 III ZPO auch solches Vorbringen ausgeschlossen, das die Berufungsinstanz nicht verzögern würde. Indessen wäre die von Leipold behauptete alleinige Rechtfertigung von Präklusionsvorschriften gegenüber dem rechtlichen Gehör erst zu beweisen. Zur Anwendung des § 528 III ZPO kann es nur kommen, wenn die Partei in erster Instanz eine Äußerungsg Gelegenheit ungenutzt gelassen hat. Da ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör bereits genügt wurde, kann sie mit ihrem Vorbringen in zweiter Instanz nur im Rahmen der Vorschriften über das Berufungsverfahren gehört werden; zu diesen gehört aber auch § 528 III ZPO.

52) BVerfG 36, 92; 51, 188 (191); 54, 117 (124); 55, 72 (94); 59, 330 (333); 60, 1 (6); NJW 1983, 1307 (1308); BGH, NJW 1983, 575 (577) und 822 (823); BayVerfGH 32, 13 (16); Schwartz, S. 41; Kurth, S. 119; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 6; Kissel, Einl. Rdnr. 165; Kopp, AöR 106, 604 (629); Rumpel, S. 103; Arens, Rdnr. 36; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 41; Deubner, NJW 1976, 2113; Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A I 1; Scheld, Rpfleger 1974, 212; Waechter, Betrieb 1971, 289 (290); Löwe, S. 243; für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 204; für die EMRK: Matscher, öZöfRVölkR 31, 1 (25). Mißverständlich ist es, wenn gesagt wird, die Präklusionsvorschriften seien "Beschränkungen" des rechtlichen Gehörs (so Sonnen, S. 66 ff.; OLG München, MDR 1981, 1025) oder stellten einen Interessenausgleich zwischen dem Parteirecht und einem öffentlichen Interesse an der Prozeßbeschleunigung dar (so Cheng, S. 294 f.).

53) JuS 1977, 583 (586).

54) Ebenso Leipold, ZZP 93, 237 (244).

55) ZZP 93, 237 (253).

56) Zu der oft geleugneten, von BVerfG 55, 72 aber bejahten Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit Art. 3 I GG kann im Rahmen dieser Arbeit nicht Stellung genommen werden.

2. Grenzen der Präklusionsbestimmungen

Die Bejahung der grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit der Präklusionsbestimmungen bedeutet nicht, daß der Gesetzgeber die Pflicht zur Berücksichtigung von Parteivorbringen in beliebiger Weise einschränken könnte.⁵⁷ Der relativ weite Spielraum des Gesetzgebers ergibt sich allerdings daraus, daß auch unter den jetzt geltenden Präklusionsbestimmungen der Umfang der Berücksichtigungspflicht noch immer über das durch das Äußerungsrecht Garantierte hinausgeht.⁵⁸

Die richtige Anwendung der Präklusionsbestimmungen des geltenden Zivilprozeßrechts ist aber zugleich die Grenze der zulässigen Begrenzung in der Rechtsanwendung, da die Gerichte alles Vorbringen, das nicht nach den gesetzlichen Bestimmungen außer Betracht zu bleiben hat, berücksichtigen müssen.⁵⁹ Der Gesetzgeber ist dagegen frei, die Präklusionsvorschriften bis an die Grenze dessen zu verschärfen, was durch das Recht auf Äußerung garantiert ist. Diese Grenze ist aber ihrerseits bei der Rechtsanwendung zu beachten: Eine Zurückweisung kommt dann nicht in Betracht, wenn verspätetes Vorbringen auf einer Verletzung der richterlichen Hinweispflicht beruht, oder auf einer zu kurz bemessenen Äußerungsfrist. Dadurch würde nämlich Vorbringen präkludiert, hinsichtlich dessen vorher keine tatsächlich wirksame Äußerungsmöglichkeit bestand. Eine Auslegung, die auch hier die Präklusion zuließe, würde gegen das rechtliche Gehör verstoßen.⁶⁰

Im Fall des § 296 I ZPO kann man vom Nichtausnutzen einer Äußerungsgelegenheit nur sprechen, wenn der Partei bei der Fristsetzung klargemacht wurde, daß sie nach Ablauf der Frist keine verzögernden Angriffs- und Verteidigungsmittel mehr vorbringen kann. Zurückweisung trotz unzureichender Belehrung über die Folgen der Fristversäumung ist daher Verletzung des rechtlichen Gehörs.⁶¹

57) So auch Leipold, ZZP 93, 237 (244).

58) S. o. § 8 I 2.

59) S. o. § 8 I 6.

60) Im Ergebnis ebenso, jedoch meist ohne Begründung aus dem rechtlichen Gehör: Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 296 Anm. 1 B c; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 69 II 1 b; Gamp, S. 28; Bischof, RdNr. 169; E. Schneider, MDR 1977, 793 (796); Deubner, NJW 1977, 924 (Fn. 19) und 1980, 263 (266); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 296 Anm. 2 c (dort unzutreffend als Problem der Verzögerung behandelt); BGH, NJW 1975, 1744 (1745); OLG Hamm, MDR 1983, 63.

61) BGH, NJW 1983, 822.

3. Fehlerhafte Anwendung der Präklusionsvorschriften

Die praktisch bedeutsamste Frage im Verhältnis zwischen Präklusionsvorschriften und rechtlichem Gehör ist die nach der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch eine fehlerhafte Anwendung der Präklusionsvorschriften. Daß eine fehlerhafte Nichtzulassung oder Zurückweisung neuen Vorbringens das Recht auf Gehör verletzen kann, dürfte einhellige Meinung sein.⁶² Würde andererseits jede fehlerhafte Anwendung des Präklusionsrechts eine solche Verletzung darstellen, so wäre das BVerfG zwangsläufig dritte oder vierte Instanz in allen zivilprozessualen Präklusionsfällen, eine Rolle, die es - wie dargestellt - in seiner Rechtsprechung zum Wiedereinsetzungsrecht widerspruchslös eingenommen hat. Dort rechtfertigte sich diese Funktion freilich aus der relativ geringen Zahl von Auslegungsfragen, die das Gericht zu klären hatte, und der über-
ragenden Bedeutung dieser Normen für die Frage, ob überhaupt oder zumindest in neuer Instanz Gehör gewährt wird. Demgegenüber geht es bei der Präklusion nicht um die Gewährung von rechtlichem Gehör überhaupt, sondern nur um rechtliches Gehör zu einem bestimmten Streitpunkt, und die Zweifelsfragen sind so mannigfaltig, daß es das BVerfG zwangsläufig überfordern müßte, wollte es sie alle - selbst bei Berücksichtigung der von den Zivilgerichten geleisteten Vorarbeit - selbst klären. Es ist daher für die einzelnen Fälle fehlerhafter Anwendung besonders zu untersuchen, ob eine Verletzung des Rechts auf Gehör anzunehmen ist.

a) Subsumtionsfehler

Einen Subsumtionsfehler bei der Anwendung der Präklusionsvorschriften begeht ein Gericht, das seine konkreten Sachverhaltsfeststellungen in fehlerhafter Weise unter die in den Präklusionsnormen enthaltenen Rechtsbegriffe bringt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die tatsächlichen Feststellungen die Aussage, ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel sei "verspätet vorgebracht", nicht tragen oder unrichtigerweise eine "Verzögerung des Rechtsstreits" angenommen wird. Derartige Subsumtionsfehler schneiden der Partei

62) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 296 Anm. I I; Leipold, ZZP 93, 237 (243); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 528 Anm. 6; BayVerfGH 29, 219 (222); BVerfG 36, 92 (100) und 51, 188. Deubner, NJW 1980, 263 (265) und Kurth, S. 87 nehmen in jedem Fall eine Verletzung des Rechts auf Gehör an; kritisch Joost, NJW 1974, 1502.

ein Vorbringen ab, mit dessen Berücksichtigung sie angesichts der Präklusionsvorschriften rechnen durfte; sie findet damit kein Gehör, obwohl es keine Vorschrift gibt, unter die man das Recht des Gerichts zur Nichtberücksichtigung subsumieren könnte. Subsumtionsfehler sind daher gleichzeitig Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung hat den auf Subsumtionsfehler gestützten Verfassungsbeschwerden bisher stets stattgegeben. In den Fällen BVerfG 36, 92 und BayVerfGH 29, 219 war Vorbringen, das mehrmals von den Parteien vorgetragen worden war, schließlich als verspätet zurückgewiesen worden, obwohl aktenkundig war, daß es bereits zum frühestmöglichen Zeitpunkt vorgetragen und später nur wiederholt worden war. Ebenso ist es, wenn ein Gericht die Zurückweisung von Vorbringen in der Berufungsinstantz einer Ehesache unter § 528 ZPO subsumiert, obwohl lediglich § 615 ZPO zur Anwendung kommen kann.⁶³ Ein Subsumtionsfehler liegt schließlich auch vor, wenn Vorbringen als verzögernd zurückgewiesen wird, obwohl aktenkundig ist, daß der Prozeß durch die Zulassung nicht verzögert werden konnte.⁶⁴

b) Interpretationsfehler

Interpretationsfehler bei der Anwendung der Präklusionsvorschriften begeht ein Gericht, das die in ihnen enthaltenen Rechtsbegriffe falsch auslegt. In Betracht kommt hier vor allem die Auslegung des Begriffs "Verzögerung", die in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor lebhaft umstritten ist,⁶⁵ aber auch die Frage der genügenden Entschuldigung (§ 296 I ZPO) und der groben Nachlässigkeit (§ 296 II ZPO). Hier muß man zunächst eine Meinung als "richtig" zugrundeliegen, um überhaupt bestimmen zu können, was "fehlerhafte" Interpretation der Norm sein soll. Legt man hier jeweils die Meinung des BGH als richtig zugrunde, so ist damit nicht gesagt, daß jede abweichende, präklusionsfreundlichere Auslegung einen Verstoß gegen Art. 103 I GG darstellen würde. Vielmehr sind alle Auslegungen, die den Präklusionsvorschriften gegeben werden können und das grundsätzliche Recht der Beteiligten,

63) BayVerfGH 27, 35 (41 f.).

64) BVerfG 51, 188. In einem ganz ähnlich liegenden Fall hat BVerfG 54, 117 wegen Verstoßes gegen Art. 3 I GG der Verfassungsbeschwerde stattgegeben, ohne die Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erörtern. In dieser Entscheidung des 2. Senats haben Deubner, NJW 1980, 1945 und Schumann, NJW 1982, 1609 (1611) eine Aufgabe des ersten Urteils gesehen. Allerdings dürfte es sich nur um eine Erscheinungsform der inzwischen wieder aufgegebenen Rechtsprechung des 2. Senats zu Art. 3 I GG gehandelt haben (vgl. dazu o. § 4 III 2). Beide Senate sind inzwischen wieder zum Ansatzpunkt von BVerfG 51, 188 zurückgekehrt oder gar darüber hinausgegangen (1. Senat: BVerfG 59, 330; 2. Senat: BVerfG 60, 1).

Gelegenheit zur Äußerung zum gesamten Sachverhalt zu erhalten, respektieren, mit Art. 103 I GG vereinbar. Erst eine darüber hinausgehende Beschränkung der Berücksichtigungspflicht verstößt gegen das Recht auf Gehör.

Diese unterschiedliche Behandlung der Interpretations- und der Subsumtionsfehler rechtfertigt sich auch daraus, daß die prozeßführende Partei sich über die durch die Präklusionsvorschriften abgesteckten Grenzen der Berücksichtigungspflicht des Gerichts informieren kann und mit den hiernach möglichen Auslegungen bei der Ausübung ihres Gehörsrechts rechnen muß. Will sie sicher gehen, so muß sie von der ersten Gelegenheit zur Äußerung Gebrauch machen, die zu einem bestimmten Sachverhalt besteht; versäumt sie diese Gelegenheit, so muß sie eine Nichtberücksichtigung hinnehmen, wenn eine mögliche Auslegung der Präklusionsvorschriften sie gestattet. Dagegen wird bei Subsumtionsfehlern der Partei regelmäßig bereits die erstmalige Äußerungsmöglichkeit abgeschnitten und damit das rechtliche Gehör verletzt.

Es dürfte deswegen nicht möglich sein, aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs Lösungen für die im Zusammenhang mit der Präklusion stehenden zivilprozessualen Streitfragen wie Begriff der Verzögerung, Präklusion im frühen ersten Termin,⁶⁶ Flucht in die Säumnis, Zurechnung von Anwaltsverschulden⁶⁷ herzuleiten,⁶⁸ weil hier regelmäßig alle vertretenen Meinungen mit dem Recht auf Gehör vereinbar sind. Richtig ist natürlich, daß eine restriktive Interpretation der Präklusionsmöglichkeiten in den erwähnten Fallgestaltungen⁶⁹ dem rechtlichen Gehör die größte Wirksamkeit verschafft.

65) Vgl. Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 69 II 1 a mit Nachweisen zum Meinungsstand.

66) Befürwortet von BGH, NJW 1983, 575 (576).

67) S. dazu aber o. § 7 VIII 3.

68) So aber Leipold, ZZP 93, 237 (247 ff.). Wie hier Deubner, NJW 1983, 1026 (1028).

69) Vgl. für die Präklusion im frühen ersten Termin: Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 69 II 1 a; Leipold, ZZP 93, 237 (248 f.); OLG Saarbrücken, MDR 1979, 1030; Deubner, NJW 1983, 1026.

Die hier vertretene Unterscheidung zwischen Interpretations- und Subsumtionsfehlern liegt wohl auch der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zugrunde, wenn dies auch an keiner Stelle ausgesprochen wird und der mitgeteilte Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht immer ausreicht, um zu beurteilen, ob fehlerhafte Interpretation oder Subsumtion gerügt wurde. Die Entscheidungen, in denen die Verfassungsbeschwerde in Präklusionsfällen keinen Erfolg hatte,⁷⁰ werden jedenfalls alle von dem Satz getragen, eine fehlerhafte Auslegung der Präklusionsvorschriften sei noch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs.⁷¹

In der Literatur werden diese Entscheidungen durchweg für unvereinbar mit den oben mitgeteilten angesehen,⁷² weil der Unterschied nicht erkannt oder mit der Erwägung abgetan wird, die Erstreckung der Prüfung auf die einfachrechtlichen Präklusionsnormen und die Auslegungskompetenz ließen sich nicht trennen.

c) Analoge Anwendung von Präklusionsnormen?

Ebensowenig wie eine fehlerhafte, aber das Recht auf Äußerung wahrende Auslegung der Präklusionsnormen ist deren analoge Anwendung für sich schon eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Die Frage ist im Zusammenhang mit der Anwendung des § 296 im Beschwerdeverfahren (§§ 567 ff. ZPO) praktisch geworden. Hier wird die Präklusion verspäteten Vorbringens im Rahmen des § 570 ZPO teils für zulässig gehalten,⁷³ teils abgelehnt.⁷⁴ Es handelt sich, wenn man die Anwendung bejaht, zweifellos um Analogie, da § 296 ZPO auf das Urteilsverfahren erster Instanz, nicht auf das Beschwerdeverfahren zugeschnitten ist.⁷⁵

Eine solche Anwendung hat das BVerfG in einer neuen Entscheidung mit der Begründung abgelehnt, eine entsprechende Anwendung der Präklusionsvorschriften sei grundsätzlich ausgeschlossen.⁷⁶ Die Stellungnahmen in der Literatur⁷⁷ sind mit Recht ablehnend.

70) BVerfG, NJW 1980, 277 (Nr. 2); BayVerfGH 28, 70 (73) und 32, 13 (15 f.).

71) Vgl. aber zu BayVerfGH 32, 13 auch u. Fn. 79.

72) Deubner, NJW 1980, 263 (266); Leipold, ZJP 93, 237 (245 Fn. 30); Schumann, NJW 1982, 1609 (1611 Fn. 30).

73) KG, OLGZ 1968, 440 und 1979, 366; OLG Bremen, OLGZ 1972, 487 (489); Schumann, NJW 1982, 1609 (1611 f.). BVerfG, 2 BvR 129/72, 1. 3. 1972, unveröffentlicht, mitgeteilt zu OLG Bremen, aaO hatte diese Rechtsprechung noch gebilligt.

74) Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 570 Anm. I 2; wohl auch Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 149 IV 3, wenn dort auch nur die §§ 527-529 in Bezug genommen werden, deren Anwendung unstreitig ausgeschlossen ist.

75) A. A. Schumann, NJW 1982, 1609 (1612), dessen Vergleich des Beschwerdeverfahrens mit dem Urkunden-, Scheck- und Wechselprozeß, in dem zweifelsfrei präkludiert werden kann, nicht überzeugt, weil es sich hier gerade um besondere Urteilsverfahren handelt.

Ebenso wie mit einer von der herrschenden Ansicht abweichenden Interpretation kann und muß der Prozeßbeteiligte auch mit analoger Anwendung der Präklusionsnormen rechnen, solange ihm ein umfassendes Äußerungsrecht gewährleistet bleibt. Das ist bei Anwendung des § 296 II ZPO, der nur bei grober Nachlässigkeit der Partei eingreift, der Fall.

Ebensowenig würde ein Gericht das rechtliche Gehör dadurch verletzen, daß es - entgegen der Ansicht des BGH⁷⁸ - die analoge Anwendung von § 296 I ZPO auf die Frist des § 697 I ZPO für die Klagebegründung nach Mahnverfahren befürworten würde. Zwar hat die Meinung des BGH zweifellos die besseren Argumente für sich; aber eine gegenteilige Auslegung ist möglich und für die Beteiligten berechenbar.

4. Präklusion in der Berufungsinstanz

Die entwickelten Grundsätze gelten für die Zurückweisung verspäteten Vorbringens in erster und zweiter Instanz in gleicher Weise. Demgegenüber wird behauptet, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in der Berufungsinstanz sei ausgeschlossen, wenn die Partei die Möglichkeit gehabt habe, den Vortrag in erster Instanz zu bringen.⁷⁹ Dabei wird verkannt, daß auch die Präklusionsvorschriften für die Berufungsinstanz die Grenzen der Berücksichtigungspflicht in der Weise abstecken, daß die Beteiligten nicht mit Subsumtionsfehlern rechnen müssen. Die Berücksichtigungspflicht besteht also auch da, wo - weil das Recht auf Äußerung keinen Instanzenzug fordert⁸⁰ - eine Äußerungsmöglichkeit gar nicht eröffnet sein müßte.⁸¹

76) BVerfG 59, 330 (335); vorsichtiger BVerfG 60, 1 (6): die Präklusionsvorschriften hätten strengen Ausnahmecharakter, so daß ihre Anwendung in besonderem Maße der Rechtsklarheit bedürfe. Bereits Sonnen, S. 70 forderte für die (1924) neuen Präklusionsvorschriften eine enge Auslegung.

77) Schumann, NJW 1982, 1609; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 570 Anm. 1; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 570 Anm. 1.

78) BGH, NJW 1982, 1533 (1534). Ebenso OLG Hamm, MDR 1983, 413.

79) So Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 1; BayVerfGH 32, 13 (17 f.); wo diese Erwägung die Entscheidung aber nicht alleine trägt; Deubner, JuS 1977, 583 (586).

80) S. o. § 7 V 1 b.

81) Wie hier BayVerfGH 29, 219 (222); BVerfG 51, 188. Auch BVerfG 59, 330 (333 ff.) geht davon wie selbstverständlich aus.

III. Das Verbot überlanger Verfahrensdauer

In den beiden soeben behandelten Abschnitten standen sich das Recht auf Äußerung und das Streben nach Prozeßbeschleunigung antinomisch gegenüber; Fristsetzungen, Ablehnungen von Vertagungswünschen, Präklusion von Vorbringen erwiesen sich als zulässige Begrenzungen, aber eben doch als Begrenzungen der Gewährung erschöpfender Äußerungsgelegenheit. Mitunter konvergieren aber Beschleunigungstendenz und Streben nach effektiver Gewährung rechtlichen Gehörs,⁸² dann nämlich, wenn die Dauer des Verfahrens ihrerseits das rechtliche Gehör beeinträchtigt.

Das Verhältnis von Beschleunigungsgrundsatz und rechtlichem Gehör ist dort, wo die Maximen konvergieren, nicht leicht zu bestimmen. Feststehen dürfte, daß Art. 103 I GG nicht gewährleistet, daß das Gericht unverzüglich Gelegenheit zur Äußerung geben müßte.⁸³ Dennoch ist es nicht richtig, wenn gesagt wird, es bestehe kein Zusammenhang zwischen dem rechtlichen Gehör und der Prozeßbeschleunigung.⁸⁴ Einen solchen Zusammenhang legt schon die Tatsache nahe, daß Art. 6 I 1 EMRK das rechtliche Gehör ausdrücklich innerhalb "angemessener Frist" garantiert.⁸⁵

Das rechtliche Gehör kann nämlich durch Verzögerungen in seiner Effektivität beeinträchtigt und damit verletzt werden, etwa, wenn es für eine ersprießliche Mitarbeit der Parteien zu spät ist, weil durch Anberaumung von Terminen in mehrmonatigem Abstand die Erinnerung der aufgerufenen Zeugen verblaßt

82) Vgl. Kenneweg, S. 64.

83) BayVerfGH 16, 10; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1035); Bockelmann, DAR 1963, 231 (235); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 c; Ortlieb, S. 52.

84) So aber Röhl, NJW 1964, 273 (278); Jünemann, S. 43 ff.; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 15; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 75 a; Seidel, S. 46. BayVerfGH 16, 10 (12) und 18, 9 (15) meinen, Prozeßbeschleunigung und rechtliches Gehör "berührten" sich; ebenso Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 70.

85) Zur Auslegung vgl. Pieck, S. 82 f.

ist oder Beweise, die man bei rechtzeitiger Gehörsgewährung noch hätte sichern können, inzwischen unerreichbar sind. In derartigen Fällen kann die Verzögerung einer Versagung des Gehörs gleichkommen.⁸⁶

Die starke Opposition gegen diesen Ansatz erklärt sich wohl aus einer Nachwirkung der überholten Vorstellung, das rechtliche Gehör verpflichte die Gerichte überhaupt nicht zu einem aktiven Tun, sondern nur zu einem passiven Hören.⁸⁷

Eine gewisse Berechtigung hat allerdings die Überlegung, daß diese Forderung von den Parteien nicht erzwungen werden kann. Hier handelt es sich um das allgemeine Problem, daß das Beschleunigungsgebot eine spezifische Durchsetzungsschwäche hat. Es kann nicht mehr sein als ein Appell an die Gerichte, sich ihrer Verantwortung für eine beschleunigte Verfahrensabwicklung immer bewußt zu sein. Fehlt es daran, so kann auch ein Verfassungsgebot ebensowenig zur Beschleunigung der Prozesse führen, wie dies im gemeinen Recht durch die *querela negatae vel protractae iustitiae* als besonderem Rechtsmittel zum Reichskammergericht möglich war.⁸⁸

Unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs sind dabei nur Verzögerungen im Lauf des Verfahrens relevant. Die Tatsache, daß es dem Kläger überlassen ist, wann er den Beklagten in Anspruch nimmt, solange seine Forderung noch nicht verjährt ist, liegt außerhalb des Schutzbereichs des rechtlichen Gehörs; der sich hieraus ergebende zeitliche Abstand zum tatsächlichen Geschehen ist irrelevant. Hieraus läßt sich aber nichts dafür herleiten, daß auch Verzögerungen im Verfahren unbeachtlich sein sollen.⁸⁹

Die Frage, ob das rechtliche Gehör ein Recht auf alsbaldige Äußerung gebe, wurde zuerst für den Strafprozeß aufgeworfen. Hier läßt sich aber mit gewissem Recht sagen, daß es sich ausschließlich um eine Frage des Beweisrechts handle;⁹⁰ wenn die Erinnerung der Zeugen verblaßt ist, kann die

86) So D. Brüggemann, JR 1969, 361 (367); Lerche, ZZP 78, 1 (18 f.); Behrendt, S. 19; im Ergebnis auch Hummer, S. 167 f.; für Strafsachen: Schorf, Menschenwürde, S. 68; Dahs, S. 40 ff.; Arndt, NJW 1962, 25 (27); wohl auch OLG Celle, NJW 1963, 1320; a. A. BayVerfGH 16, 10 (11 f.) und 18, 9 (15); OLG Düsseldorf, NJW 1961, 1734 mit abl. Anm. von Arndt; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 d; Mendler, NJW 1961, 2103; Kurth, S. 112; Röhl, NJW 1964, 273 (278); Örtlieb, S. 52; Kenneweg, S. 100, teils mit der Begründung, daß es nur auf die Gewährung rechtlichen Gehörs in der mündlichen Verhandlung ankomme, auf die das Urteil ergeht und der Zeitpunkt nur die Art und Weise der Gewährung betreffe; vgl. auch Rasehorn, NJW 1964, 576 (579).

87) S. o. § 8 I 1 (bei Fn. 5).

88) Vgl. dazu Trockner, S. 289 ff., 293.

89) So aber Jünemann, S. 45.

90) Rausche, S. 64; Bockelmann, DAR 1963, 231.

Schuld nicht mehr nachgewiesen werden, und der Angeklagte ist freizusprechen. Im Zivilprozeß geht es dagegen unzweifelhaft um das rechtliche Gehör der beweisbelasteten Partei.

Besteht aber grundsätzlich ein Zusammenhang zwischen dem rechtlichen Gehör und der Verfahrensdauer, so kann man auch schwerlich leugnen, daß die Nichtentscheidung eines bis dahin ordnungsgemäß abgelaufenen Prozesses das rechtliche Gehör verletzt. Verweigert nämlich der Richter eine Entscheidung oder verzögert er sie in einer Weise, die der Verweigerung gleichkommt, so führt das dazu, daß sich der Beteiligte nicht angehört fühlen muß und letztlich unbeachtet bleibt. Das Ziel des rechtlichen Gehörs ist es ja, daß der Richter das Gehörte auch irgendwann in eine Entscheidung umsetzt, die den Prozeß beendet. Eine Verweigerung der Entscheidung ist daher eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.⁹¹ Ein Nachweis ist, wie stets bei der Prozeßbeschleunigung, nur in extremen Ausnahmefällen möglich.

Zweifelhaft ist schließlich noch, binnen welcher Frist das Gericht ein verkündetes Urteil absetzen und den Beteiligten zustellen muß, will es sich nicht dem Vorwurf aussetzen, daß eine effektive Berücksichtigung des Parteivorbringens wegen der Länge der verstrichenen Zeit nicht mehr möglich ist.⁹²

Die Frage ist besonders in der Berufungsinstanz der Arbeits-, Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit praktisch geworden. In Zivilsachen müssen wegen der absoluten Rechtsmittelfrist von sechs Monaten (§ 552 ZPO) die Gründe eines Berufungsurteils spätestens nach fünf Monaten vorliegen; andernfalls ist der absolute Revisionsgrund des § 551 Nr. 7 ZPO gegeben.⁹³ Mit der Verfassungsbeschwerde sind letztinstanzliche Urteile unter diesem Gesichtspunkt, soweit ich sehe, bisher nicht angegriffen worden.

Das BAG verneint bei einem Zeitraum von etwas mehr als 14 Monaten zwischen Verkündung und Zustellung eines Berufungsurteils eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil sich das Gericht trotz des langen verstrichenen Zeitraums noch mit dem gesamten Sachvortrag der Parteien eingehend auseinandersetzen könne.⁹⁴

91) Hummer, S. 168 ff.

92) Vgl. für das schweizerische Recht Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (359).

93) BGH 7, 155.

94) BAG, NJW 1982, 302; vgl. auch BVerwG 49, 61 (6 Monate) und 60, 14 (9 Monate); anders - allerdings für einen Sonderfall - BVerwG 50, 278 (279) für 13 1/2 Monate.

Dem kann man wohl noch zustimmen; freilich dürfte in diesem Bereich aber auch die Grenze erreicht sein, bis zu der noch von effektiver Gewährung des rechtlichen Gehörs durch Erfüllung der Berücksichtigungspflicht gesprochen werden kann.

§ 11. Effektive Gewährung rechtlichen Gehörs

Mehrfach ist bereits auf den Umstand hingewiesen worden, daß sich die Pflichten des Gerichts bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht stets durch griffige Formeln umschreiben lassen, aus denen sich entnehmen ließe, was durch das rechtliche Gehör gefordert und was nur eine Anstandspflicht des Richters ist. Art. 103 I GG gibt eben nicht, wie bis heute behauptet wird,¹ nur einen "formellen Anspruch" auf Gehör, sondern enthält auch den Effektivitätsgedanken. Darin verkörpert sich die Forderung, rechtliches Gehör zu einem Zeitpunkt und in einer Weise zu gewähren, daß es echte Chancen hat, den seinem Sinn entsprechenden Einfluß auf das Verfahren wirksam zur Geltung zu bringen.² Dieser vom BVerfG zunächst gegenüber hoheitlichen Eingriffen betonte Anspruch des Bürgers auf tatsächlich wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz³ besteht auch im Zivilprozeß.

Mitunter sorgen bereits die prozessualen Vorschriften für eine möglichst effektive Gewährung des Gehörs. So verwirklicht sich das Recht der Parteien, zum gesamten Sachverhalt Stellung zu nehmen, dadurch, daß Angriffs- und Verteidigungsmittel grundsätzlich bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden können (§ 296a ZPO), das Gehör zu den Beweisergebnissen in dem Recht, dem Zeugen oder Sachverständigen Fragen zu stellen (§§ 397, 402 ZPO), die Äußerungsmöglichkeit in sachdienlicher und ausreichender Weise in dem Recht der Partei, sich eines sachkundigen Vertreters zu bedienen (§ 79 ZPO).⁴ Der effektiven Gewährung dient auch die Zuständigkeitsordnung. Indem sie dafür sorgt, daß jede Sache vor das (abstrakt) am günstigsten gelegene Gericht kommt, gewährleistet sie zugleich die sachgerechte Ausübung des rechtlichen Gehörs.⁵ In der Zwangsvollstreckung effektiviert etwa § 798 ZPO das rechtliche Gehör, indem er eine Wartefrist vor der Vollstreckung aus Titeln vorschreibt, bei denen die Gefahr von Einwendungen besonders groß ist.⁶ Auch die Vorschriften über die Prozeßkostenhilfe verfolgen letztlich das Ziel, der wirtschaftlich schwachen Partei zu effektivem Gehör zu verhelfen.

1) OLG Düsseldorf, NJW 1961, 1734 (1735) mit abl. Anm. von Arndt; Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV d.

2) Eser, JZ 1966, 660 (668); vgl. auch Berkemann, JZ 1979, 545 (549); Lerche, ZJP 78, 1 (17 f.); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (362); Löwe, S. 223 f.

3) BVerfG 41, 23 (26) und 323 (326); Hesse, EuGRZ 1978, 427 (435); vgl. auch Seetzen, NJW 1982, 2337 (2339).

4) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 78; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1034); Helmke, S. 199 f.; Schönke-Kuchinke, § 8 III 3. In Ehesachen gibt § 625 ZPO dem Gericht die Befugnis, sogar gegen deren Willen für den Schutz der ungewandten Partei zu sorgen.

5) Vgl. Zöller-Vollkommer, 13. Aufl., § 12 Anm. I 2.

6) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (362).

Die Forderung nach Effektivität der Gehörgewährung ergibt sich daraus, daß das Recht auf Gehör seine Wurzel vor allem in der Menschenwürde findet.⁷ Diese ist nämlich nicht nur zu wahren, sondern auch zu schützen (Art. 1 I 2 GG); Waffengleichheit der Parteien setzt nicht nur überhaupt Gehör der Beteiligten, sondern tatsächliche, gleichmäßige Möglichkeit der Äußerung voraus; fehlt es daran, so muß der Richter der schwächeren Partei zunächst zu effektivem Gehör verhelfen.⁸

Die Fälle, in denen besondere Anforderungen an die Gerichte zu stellen sind, wenn eine Partei tatsächlich wirksames Gehör finden soll, lassen sich nur schwer systematisieren, weil sie sich häufig aus den besonderen Umständen des Einzelfalls ergeben. In einigen Fällen muß das Gericht aktiv werden, in anderen eine an sich zulässige Prozeßhandlung unterlassen.

I. Hilfe bei der Anspruchswahrnehmung

In der ersten Fallgruppe ist für das Gericht ersichtlich, daß die Partei zu einer eigenverantwortlichen Wahrnehmung des Äußerungsrechts nicht in der Lage ist. Hier muß es von sich aus tätig werden, um ihr zur tatsächlichen Wahrnehmung zu verhelfen.⁹

1. Ermöglichung und Erleichterung der Äußerung

Die Anforderungen an die Parteien, sich selbst Gehör zu verschaffen, dürfen nicht überspannt werden.¹⁰ Das gilt besonders dann, wenn es nicht um rechtliches Gehör zu einer einzelnen Entscheidungsgrundlage geht, sondern um die Frage, ob im Verfahren überhaupt rechtliches Gehör gewährt wird.¹¹

7) S. o. § 3 III 1.

8) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (367); ähnlich Rüping, S. 134.

9) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 64; BVerwG, DÖV 1956, 213.

10) BVerfG 26, 315 (318); 31, 388 (390); 37, 93 (96); BayVerfGH, NJW 1982, 2660 (2661); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 64; Behrendt, S. 28; Leipold, ZZP 93, 237 (244); Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 103 Rdnr. 2.

11) BVerfG 25, 158 (166); 37, 100 (102); 38, 35 (38); 40, 42 (44), 46 (49), 88 (91) und 182 (184); 41, 356 (359); 42, 364 (372); 54, 80 (84).

Eine wesentliche Komponente der zu leistenden Hilfestellung ist die Belehrung einer rechtungsgewandten Partei darüber, welche Möglichkeiten sie hat, ihr Recht auf Gehör auszuüben: Der Richter muß die Partei, über ihr Recht, sich zu äußern, den Gegner bei dessen Parteivernehmung zu befragen, an Zeugen und Sachverständige Fragen zu stellen, eine Schriftsatzfrist zu beantragen (§ 283 ZPO), um Wiedereinsetzung oder Akteneinsicht nachzusuchen, belehren, und er muß erkennbare Mißverständnisse, denen sie unterliegt, richtigstellen.¹²

Effektive Gewährung rechtlichen Gehörs kann auch erfordern, eine weit vom Gerichtsort entfernt wohnende Partei darüber zu belehren, daß sie Versendung der Akten an das Amtsgericht ihres Wohnorts beantragen kann, um sie dort auf der Geschäftsstelle einzusehen; die Anheimgabe der Akteneinsicht genügt dann nicht, wenn die Partei nicht die Mittel hat, um zu dem entfernten Gerichtsort zu reisen.¹³

Die Pflicht zur Gewährung effektiven rechtlichen Gehörs verbietet ferner, dem Verkehrsanwalt einer Partei, der regelmäßig wesentlich besser über den Prozeßstoff informiert ist, als der zugelassene Anwalt, in nicht öffentlichen Ehesachen auszuschließen, ohne Rücksicht darauf, ob man dieses Recht der Partei aus § 90 ZPO ableiten kann.¹⁴ Rein formal ist die Argumentation, die Partei könne sich in der mündlichen Verhandlung selbst äußern;¹⁵ die Tatsache, daß Anwaltszwang besteht, beweist gerade, daß der Gesetzgeber diese Möglichkeit für nicht ausreichend gehalten hat.

Gehör in einer mündlichen Verhandlung kann nur eine Partei finden, die den Aufruf ihrer Sache hören kann. Nach dem Sinn und Zweck des § 220 I ZPO muß die geladene und erschienene Partei tatsächlich in die Lage versetzt werden zu hören, daß gerade jetzt in die mündliche Verhandlung in ihrer Sache eingetreten wird.

Wenn es daher bei einem Gericht üblich ist, daß die Parteien außerhalb des Gerichtssaals auf einer Bank warten und sich bei ihrem Erscheinen in die Sitzungsliste eintragen, so muß der Aufruf der Sache auch vor dem Sitzungssaal erfolgen. Ein Versäumnisurteil gegen die nicht in dieser Weise aufgerufene Partei ist ein Verstoß gegen die Pflicht zu effektiver Gewährung rechtlichen Gehörs.¹⁶

12) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368); Dahs, S. 22,

13) BVerwG 2, 343; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368); Keidel, S. 41; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 64; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 31.

14) Zum Meinungsstand vgl. Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 56 II.

15) Mit dieser Begründung verneint OLG Hamm, FamRZ 1982, 1094 einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör.

16) BVerfG 42, 364 (370 ff.); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4 B; Kissel, § 16 GVG Rdnr. 78; E. Schneider, MDR 1979, 617 (618); ebenso für einen ähnlich liegenden Fall: BFH 92, 262; Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60.

Auch die Praxis der Gerichte, auf einen Verfahrensbeteiligten wenigstens 15 Minuten zu warten, bevor zur Sache verhandelt wird, ist nicht nur eine Anstandsspflicht, sondern gehört zur effektiven Gewährung rechtlichen Gehörs.¹⁷ Wird dem Gericht rechtzeitig ein triftiger Grund für die Verspätung eines Beteiligten mitgeteilt, so verlangt dieses, auch einen längeren Zeitraum zuzuwarten, wenn und solange dies mit dem Interesse an der Einhaltung der Tagesordnung vereinbar ist.¹⁸

Besondere Bedeutung hat die Pflicht des Gerichts, den Parteien zu effektiver Wahrnehmung ihres Äußerungsrechts zu verhelfen, beim rechtlichen Gehör zur Beweisaufnahme. Nimmt ein Gericht, anstatt eine Zeugenaussage zu protokollieren, auf einen Aktenvermerk des Berichterstatters Bezug, so muß dieser den Parteien mitgeteilt werden; wird das Urteil in einem besonderen Termin verkündet, so muß dieser Vermerk rechtzeitig vor Erlass der Entscheidung mitgeteilt werden, damit die Parteien sachlich dazu Stellung nehmen können.¹⁹ Ähnlich liegt der Fall, daß ein Zeuge dem Gericht gegenüber auf schriftliche Unterlagen für seine Zeugenaussage hingewiesen hat. Hier muß das Gericht die Parteien davon unterrichten, damit sie effektives Gehör zu der Beweisfrage haben.²⁰

Eine Forderung effektiver Gewährung ist auch die bereits in anderem Zusammenhang erörterte²¹ Pflicht des Gerichts, der Partei nach der Erhebung von Zeugen- und Sachverständigenbeweis ausreichend Gelegenheit zur Durcharbeitung des Beweisergebnisses zu geben.

Ist daher im Arzthaftungsprozeß ein Sachverständiger zu schwierigen medizinischen Fragen nur mündlich, aber sehr ausführlich gehört worden, muß die medizinisch nicht sachkundige Partei Gelegenheit haben, nach Vorliegen des Vernehmungsprotokolls sachkundig beraten nochmals Stellung zu nehmen.²²

17) OLG Hamm, VRS 54, 450; OLG Frankfurt, NJW 1978, 285; Kaiser, NJW 1977, 1955; im Ergebnis ebenso Kissel, § 16 GVG Rdnr. 78; einschränkend OLG Hamm, JMBINRW 1978, 168.

18) BVerwG, NJW 1979, 1619; Kissel, § 16 GVG Rdnr. 78; Eyermann-Fröhler, § 138 VwGO Rdnr. 4.

19) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 123 VII 6; BGH, NJW 1972, 1673 und LM § 554 ZPO Nr. 23.

20) Kurth, S. 133. BGH, NJW 1961, 363 (364) und LM § 286 ZPO (A) Nr. 17 meint, das sei ein "ungeschriebener, aber verbindlicher Satz des Verfahrensrechts". Ob das rechtliche Gehör verletzt ist, bleibt dahingestellt.

21) S. o. § 10 I 3.

2. Hilfe bei der inhaltlichen Wahrnehmung

Es genügt aber nicht, daß der Richter die Partei darauf hinweist, daß und welche Möglichkeiten sie hat, sich Gehör zu verschaffen. Die Partei muß auch tatsächlich in der Lage sein, ihrerseits von ihrem Recht Gebrauch zu machen.²³ Eine geschäftungsgewandte Partei wird häufig überhaupt nicht wissen, was in einer bestimmten prozessualen Situation angezeigt ist, um von ihrem rechtlichen Gehör Gebrauch zu machen. Hier ist die Erfüllung der richterlichen Hinweispflicht (§ 139 ZPO) zugleich die Verschaffung effektiven rechtlichen Gehörs.

In dem der Entscheidung BVerfG 42, 64 zugrundeliegenden Verfahren hatte die Antragstellerin die Teilungsversteigerung eines Hausgrundstücks beantragt, das ihr zusammen mit ihrem geschiedenen Ehemann zu Miteigentum gehörte. Im Versteigerungstermin erschienen nur die Gemeinschaftler. Das geringste Gebot betrug 1800 DM, der Wert der Grundstückshälfte 72000 DM. Der Ehemann der Antragstellerin bot 2000 DM und erhielt den Zuschlag, ohne daß der Rechtspfleger die Antragstellerin darauf hingewiesen hätte, daß sie ihren Antrag zurücknehmen könne. Diese war ersichtlich intellektuell nicht in der Lage, von sich aus zu erkennen, daß sie ihr Grundeigentum durch den Zuschlag verlieren und nur etwa 100 DM erhalten würde.

Mit Recht sieht Geiger²⁴ in der unterlassenen Belehrung eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, das hier nicht effektiv gewährt wurde. Beide Senate des BVerfG haben sich dieser Begründung freilich bisher verschlossen. Der 2. Senat hat in dem eben behandelten Fall eine Verletzung des Willkürverbots angenommen;²⁵ der 1. Senat nimmt in einem ähnlich gelagerten Fall (Zuschlag eines Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren zu 1/10 des Verkehrswerts ohne Hinweis auf den möglichen Vollstreckungsschutzantrag²⁶) einen Verstoß gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, nicht aber gegen das rechtliche Gehör an.²⁷ Wegen der Ablehnung dieser Begründungsversuche s. o. § 4 III 2, IV.

Die hier vertretene Ansicht steht nicht in Widerspruch zu dem oben²⁸ befürworteten Satz, das rechtliche Gehör setze den selbstverantwortlichen Bürger

22) BGH, NJW 1982, 1335.

23) Geiger, abweichende Meinung, BVerfG 42, 79; zustimmend Deubner, NJW 1976, 2113; ähnlich schon Seidel, S. 17.

24) Geiger, abweichende Meinung, BVerfG 42, 79.

25) BVerfG 42, 64; offengelassen von Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 139 Anm. 1; Kunz, S. 175; Steinwedel, S. 41; Vollkommer, Rpfleger 1982, I (7). Eyermann-Fröhler, § 86 VwGO Rdnr. 30 leugnen sowohl eine Verletzung des Art. 3 I als auch des Art. 103 I GG.

26) Dieser Fall ist heute normalerweise ausgeschlossen (§ 85a I ZVG).

27) BVerfG 46, 325; ebenso schon Weitzel, JuS 1976, 722 (725); zustimmend zur Herleitung der Effektivität des Rechtsschutzes aus dem materiell betroffenen Grundrecht Stürner, NJW 1979, 2334 (2336).

28) S. o. § 3 III 1 b.

voraus, den Wachen, der seine Rechte wahrnimmt; es sei nicht die Aufgabe des Gerichts, prozessuale Fehler auszubügeln. Bei der Gewährung einer effektiven Äußerungsgelegenheit geht es gerade nicht darum, daß die Partei einen Fehler gemacht hätte, den es nun zu korrigieren gälte; hier würde sich der Richter in der Tat dem Verdacht der Befangenheit aussetzen, da diese Fehlerkorrektur notwendig die eine Partei vor der anderen begünstigen würde. Hinweise auf die Ausübung des Äußerungsrechts in effektiver Form sind deshalb stets nur nötig, um den Parteien gleiche Startchancen zu verschaffen, das Handicap der geschäftsungewandten Partei auszugleichen; prozessuale Fehler müssen dessen ungeachtet zu Lasten der Partei gehen, die sie gemacht hat.

II. Verbot einer Entscheidung ohne effektive Äußerungsmöglichkeit

Nicht immer scheitert effektives rechtliches Gehör daran, daß die Partei ohne richterliche Hilfestellung nicht erkennen könnte, wie sie sich Gehör verschaffen kann und was sie zu diesem Zweck tun muß. Eine zweite wichtige Fallgruppe stellen Situationen dar, in denen sich eine Partei nicht sachgerecht äußern kann, obwohl ihr die Gelegenheit bewußt ist. Hier darf nicht entschieden werden, ehe die Partei nicht eine effektive Äußerungsmöglichkeit gehabt hat.

Ein solcher Fall liegt etwa dann vor, wenn ein gläubiger Jude an einem hohen jüdischen Feiertag erscheinen und Ausführungen machen soll, obwohl ihm sein Glaubensgesetz an diesem Tag Ausführungen zur Sache verbietet. Hier ist Vertagung ein Gebot effektiver Gehörsgewährung.²⁹

Ebenso ist es, wenn die Partei durch einen nicht zutreffenden diskriminierenden Vorwurf des Richters³⁰ in Erregung gerät und daher an der mündlichen Verhandlung nicht mehr voll teilnehmen kann. Auch hier wird ihr Äußerungsrecht unter Verstoß gegen das Gebot effektiver Gehörsgewährung beeinträchtigt.³¹

29) BGHSt. 13, 123 (125); Behrendt, S. 37; Kurth, S. 128; Röhl, NJW 1964, 273 (276); Kolb, S. 49; Kenneweg, S. 126; Rausche, S. 32; Koeniger, S. 243; Seidel, S. 45; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 91; Rumpel, S. 37 f.

30) Im Fall BVerwG 17, 170 hatte der Kammervorsitzende dem Kläger vorgeworfen, er sei betrunken zur mündlichen Verhandlung erschienen.

31) BVerwG 17, 170; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 74b; Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Rdnr. 28; Ule, VwPR, § 30 I; Rausche, S. 33; Behrendt, S. 37; Eyermann-Fröhler, § 138 VwGO Rdnr. 4; kritisch Dahs, S. 20 f.

Stets muß es sich bei einer solchen faktischen Gehörsverkürzung freilich um eine Äußerung des Richters handeln, die deshalb unangemessen ist, weil sie mit dem Prozeßstoff nicht in Zusammenhang steht. Gerät die Partei etwa deshalb in Erregung, weil der Richter ihr gegenüber den Beweiswert eines von ihr angebotenen Beweismittels bezweifelt, dann kann eine Verletzung des Äußerungsrechts nicht angenommen werden. Schließlich ist es nicht Aufgabe des Richters, die Partei im optimalen psychischen Zustand zu erhalten.³²

Vor allem in der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bedeutung hat der Fall, daß ein Beteiligter infolge Medikamenteneinwirkung die Bedeutung der Verhandlung nicht erfassen und eine seinen sonstigen geistigen Fähigkeiten entsprechende Stellungnahme nicht abgeben kann. Auch er ist trotz scheinbar bestehender Gelegenheit zur Äußerung ohne rechtliches Gehör geblieben.³³

III. Effektive Gewährung im Beweisverfahren

Ein dritter Bereich, in dem die Gefahr tatsächlicher Verkürzung des rechtlichen Gehörs trotz formaler Einhaltung des Rechts auf Äußerung besteht, ist das Beweisverfahren.

1. Rechtliches Gehör im Beweissicherungsverfahren

Über den Antrag auf Beweissicherung kann ohne mündliche Verhandlung entschieden werden (§ 490 I ZPO); die stattgebende Entscheidung ist unanfechtbar (§ 490 II ZPO). Dies scheint zu der Folgerung zu berechtigen, daß der Gegner des Antragstellers im Beweissicherungsverfahren noch nicht gehört zu werden braucht, zumal er im Hauptsacheverfahren Gelegenheit hat, zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Diese Ansicht würde aber der faktischen Bedeutung des Beweissicherungsverfahrens nicht gerecht. Vom Sachverständigenbeweis im normalen Urteilsverfahren unterscheidet sich die Beweissicherung namentlich darin, daß der vom Antragsteller benannte Sachverständige zuzuziehen ist und der Antragsteller durch Benennung des "richtigen" Sachverständigen

32) Insofern richtig Dahs, S. 21.

33) Eyermann-Fröhler, § 138 Rdnr. 4; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 1; Behrendt, S. 37; Seidel, S. 61; Rumpel, S. 36; BayVerfGH 27, 109; BayObLG 1964, 412.

zugleich erheblichen Einfluß auf das Beweisergebnis nehmen kann. Nur wenn der Gegner angehört wird, hat er die Möglichkeit, den suspekten Sachverständigen abzulehnen (§ 406 ZPO). Im Hauptsacheverfahren kann er damit kein effektives Gehör mehr finden: Da die Beweissicherung regelmäßig nur bei Beweismitteln stattfindet, deren Verlust zu besorgen ist, kann der durch den suspekten Sachverständigen erhobene Beweis häufig nicht mehr wiederholt werden. Mit Recht wird es daher als Gebot effektiver Gewährung rechtlichen Gehörs angesehen, daß der Gegner schon im Beweissicherungsverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme hat.³⁴ Ist die Gehörsgewährung unterblieben, so kann der Gegner - ungeachtet des Ausschlusses der Beschwerde - Aufhebung des Beweissicherungsbeschlusses begehren.³⁵

2. Äußerungsrecht zu Beweisanträgen und vorbereitenden Maßnahmen?

Dieses Recht zur Äußerung nicht erst zum Beweisergebnis, sondern schon zu den Beweisanträgen wird mitunter auf das Beweisverfahren allgemein übertragen und gefordert, schon zu den Beweisanerbieten des Gegners müsse rechtliches Gehör gewährt werden,³⁶ ferner müsse das Gericht den Parteien eine Äußerungsgelegenheit zur Person des Sachverständigen geben, wenn es von Amts wegen ein Sachverständigengutachten einhole.³⁷ Hier fehlt es aber an jenen Gesichtspunkten, die die Anhörung des Gegners im Beweissicherungsverfahren erzwingen. Wenn sich die Parteien nicht zu den Beweisangeboten des Gegners oder den Beweisbeschlüssen des Gerichts äußern konnten, so erhalten sie doch - anders als im Beweissicherungsverfahren - unmittelbar nach Abschluß der Beweiserhebung Gehör zum Beweisergebnis und können hier ihre Einwendungen gegen die Eignung des Beweismittels, die Glaubwürdigkeit der Zeugen, die Sachkunde des Gutachters vorbringen. Die vorherige Gelegenheit zur Stellungnahme ist hier zumindest im Regelfall kein Gebot des effektiven rechtlichen Gehörs.

34) OLG Karlsruhe, MDR 1982, 1026; a. A. Löwe, S. 337, weil das keine Rechtsprechung sei.

35) OLG Karlsruhe, MDR 1982, 1026.

36) So Kurth, S. 103.

37) So Hamann, AnwBl. 1958, 141 (145).

Ähnlich ist es mit vorbereitenden Maßnahmen des Gerichts nach § 273 II Nr. 4 ZPO. Hier wird gefordert, das Gericht müsse eine solche Maßnahme auf Gegenvorstellung aufheben, wenn der Gegner des Beweisführers vorbringe, es bestehe ein Beweismittelvertrag, wonach der geladene Zeuge als Beweismittel nicht benutzt werden dürfe.³⁸ Zwar ist es zulässig, die Erhebung eines solchen Beweises durch Parteivereinbarung auszuschließen;³⁹ dem Beteiligten wird aber die effektive Äußerungsmöglichkeit nicht dadurch genommen, daß er sie erst bei der Vernehmung des Zeugen vorbringen kann.

3. Der "Zeuge vom Hörensagen"

Auch zu den Beweisergebnissen muß den Beteiligten tatsächlich wirksames Gehör gewährt werden. Daran fehlt es, wenn ein Beweis durch einen "Zeugen vom Hörensagen" geführt werden soll: Statt derjenigen Person, die die Tatsachen tatsächlich wahrgenommen hat, bietet der Beweisführer eine der Amtsverschwiegenheit unterliegende Verhörsperson an, deren Aussagegenehmigung (§ 376 ZPO) nur die Bekundungen des unmittelbaren Zeugen umfaßt, nicht aber, wer dieser unmittelbare Zeuge ist.

Rein formal betrachtet hat hier der Gegner des Beweisführers volles rechtliches Gehör zu der Zeugenaussage:⁴⁰ Er kann sich zu den Darlegungen des verdeckten Zeugen ("V-Mann") tatsächlich und rechtlich äußern, und das Gericht verfügt über keine anderen Erkenntnisse als er selbst. Dennoch hat er in Wahrheit kein rechtliches Gehör: Da er nicht weiß, wer der verdeckte Zeuge ist, vermag er gegen dessen Glaubwürdigkeit und damit gegen die Beweisführung keine Angriffe zu richten.

38) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368).

39) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 114 I 3.

40) Mit dieser Begründung verneinen BGHSt. 17, 382 (387) und BVerfG, JZ 1967, 570 eine Verletzung des rechtlichen Gehörs; BVerfG 57, 250 (292 ff.) setzt sich mit der Frage der Gehörsverletzung schon gar nicht mehr auseinander; zustimmend Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1036); Rausche, S. 75 f.; Röhl, NJW 1964, 273 (279); Tiedemann, JuS 1965, 14 (19), MDR 1963, 456 (458) und JZ 1967, 570 (571); ablehnend: Meilicke, NJW 1963, 425 (428); A. Arndt, NJW 1962, 25 (27) und NJW 1963, 432 (433); vgl. zur Rechtslage in Italien Trocker, S. 542 ff.

Das Problem stellt sich vor allem im Strafprozeß, wo wegen des Grundsatzes der Beweisunmittelbarkeit umstritten ist, ob ein solcher Zeuge überhaupt vernommen werden darf.⁴¹ Das Problem kann aber auch im Zivilprozeß auftauchen, etwa bei einer Amtshaftungsklage wegen rechtswidriger Ausübung hoheitlicher Gewalt, wenn der in Anspruch genommene Hoheitsträger den Beweis der Rechtmäßigkeit der getroffenen Maßnahme durch die Bekundungen eines solchen verdeckten Zeugen führen wollte. Ein solcher Beweis ist zwar nicht unzulässig; aber bei der Beweiswürdigung muß beachtet werden, daß der Gegner des Beweisführers ohne effektives rechtliches Gehör zu dem Beweismittel geblieben ist.

IV. Bindung an andere Entscheidungen

Wenig diskutiert ist bisher die Frage, ob die Bindung des Gerichts bei seiner Entscheidung an Entscheidungen desselben oder eines anderen Gerichts in einer anderen Sache eine Versagung effektiven rechtlichen Gehörs darstellt. Gehör zum Prozeßstoff ist nämlich sinnlos, wenn die Stellungnahme wegen der Bindungswirkung am Verfahrensergebnis ohnehin nichts ändern kann.⁴²

Auszuscheiden haben hier diejenigen Vorschriften, die an die Tatsache des Urteils eines anderen Gerichtszweigs eine zivilrechtliche oder zivilprozessuale Folge knüpfen, wie etwa in § 581 ZPO, der das Strafurteil zur Zulässigkeitsvoraussetzung der Restitutionsklage in den dort aufgeführten Fällen erklärt. Hier erfolgt keine Bindung an den Inhalt des strafgerichtlichen Urteils,⁴³ sondern das Urteil ist Tatbestandsmerkmal einer Rechtsfolge des Zivilprozeßrechts und daher außerhalb des Schutzbereichs des rechtlichen Gehörs.

Bedenklich sind demgegenüber die Vorschriften des Sozialrechts, die eine Beweiserhebung deswegen unzulässig machen, weil sie bei der Entscheidung eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Personenschadens oder Krankheit, Unfalls, Invalidität oder Todes des Ernährers den Zivilrichter an die Entscheidung des Sozialgerichts darüber binden, ob ein Arbeitsunfall vorliegt und ob und in welchem Ausmaß der Versicherungsträger verpflichtet ist (§§ 638, 642 II RVO; § 118 SGB (X)). Hier kann von effektiver Gewährung rechtlichen Gehörs nur die Rede sein, wenn entweder alle Beteiligten des Folgeprozesses in dem Verfahren, in dem diese Tatsachen festgestellt wurden, rechtliches Gehör hatten⁴⁴ oder eine Rechtsbeeinträchtigung durch die

⁴² Vgl. Lerche, ZZP 78, 1 (19).

⁴³ Vgl. Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 10 II 2 b.

⁴⁴ Zum Gehör des Drittbetroffenen vgl. u. § 17.

Bindung ausgeschlossen ist.

Die Frage der Verkürzung des Beweisantragsrechts hat auch die italienische Rechtsprechung und Literatur beschäftigt. So wurde es für verfassungswidrig angesehen, daß eine Vorschrift bestimmte, gutachtliche Stellungnahmen eines staatlichen Instituts, des Genio Civile, könnten nicht durch anderweitigen Sachverständigenbeweis angezweifelt werden.⁴⁵

⁴⁵) Italienischer Corte Costituzionale, bei Cappelletti-Cohen, S. 261; s. auch Trockner, S. 513 f.

Dritter Teil

DER GELTUNGSBEREICH DES ANSPRUCHS AUF RECHTLICHES GEHÖR

§ 12. Rechtliches Gehör nach Verfassungsrecht und einfachem Recht

Eine Betrachtung des Geltungsbereichs des rechtlichen Gehörs muß von den Problemen ausgehen, die sich daraus ergeben, daß der Grundsatz des rechtlichen Gehörs sowohl eine Verfahrensmaxime des Zivilprozeßrechts als auch eine Verfassungsgarantie ist. Aus dem Nebeneinander der beiden Grundsätze ergibt sich für den Geltungsbereich eine Reihe von Fragen.

I. Der zivilprozessuale Grundsatz

Die ZPO regelt die Anhörung oder das rechtliche Gehör der Beteiligten ausdrücklich nur in einzelnen Vorschriften.

So sprechen die §§ 91 a II 2, 99 II 2, 118 I 1, 136 II, 137 IV, 138, 139, 225 II, 283, 360 S. 4, 387 I, 616 I, 656 I 2, 730, 813a V, 844 II, 850 b III, 851 b II, 891, 1034 I, 1044 II Nr. 4, 1045 II ZPO von Anhörung, rechtlichem Gehör oder Gelegenheit zur Stellungnahme oder setzen eine solche doch voraus. Dasselbe gilt für die inzwischen aufgehobenen §§ 126 III, 510 c ZPO.

Schon vor Inkrafttreten des GG war jedoch anerkannt, daß diesen Einzelbestimmungen ein die ZPO beherrschender allgemeiner Grundsatz zugrundeliege, der dort zu gelten habe, wo dies nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sei.¹

II. Die verfassungsrechtliche Garantie

Demgegenüber ist die Garantie der Verfassung absolut: Art. 103 I GG unterscheidet nicht nach Verfahrensbeteiligten oder Verfahrenssituationen, sondern gewährt jedermann den Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht.

1) Skonietzki-Gelpcke, vor § 128 Anm. 2 A; Baumbach, 17. Aufl., vor § 128 Anm. 4; KG, ZZP 13, 394 (397); s. a. oben § 3 I.

1. Gehör vor Gericht

Nur in einem gerichtlichen Verfahren kann Art. 103 I GG Wirkung entfalten. Sicherlich ist das Recht auf Gehör nicht nur ein Verfahrensgrundrecht, sondern ein für das menschliche Zusammenleben elementarer Grundwert;² verfassungsrechtlich garantiert ist aber nur das rechtliche Gehör vor Gericht.

Es ist daher verfehlt, den Grundsatz des rechtlichen Gehörs bei der Beurteilung einer privaten Ehescheidung heranzuziehen, wie sie beispielsweise in Ägypten für die dem hanefitischen Recht unterliegenden Personen dadurch möglich ist, daß der Ehemann die Verstoßung (ṭalaq) seiner Ehefrau ausspricht.³ Der ṭalaq ist in seiner Wirksamkeit vom Willen, aber auch von der Kenntnis der verstoßenen Ehefrau unabhängig; er kann daher auch erfolgen, ohne daß sie zu Gehör gekommen ist. Ob eine solche Ehescheidung anzuerkennen ist, hängt ausschließlich von der (sicher zu verneinenden) Frage ab, ob die Vorschriften über den ṭalaq, die materiellrechtlicher Natur sind, mit dem deutschen ordre public (Art. 30 EGBGB) vereinbar sind. Mit der Frage des rechtlichen Gehörs hat das nichts zu tun.

Ein ähnliches Mißverständnis liegt einer Entscheidung des LAG Düsseldorf⁴ zugrunde. Das LAG hob ein die Erledigung des Rechtsstreits feststellendes Urteil mit der Begründung auf, dem Kläger sei durch Nichtzuziehung eines Dolmetschers bei Abschluß des Prozeßvergleichs vor dem ArbG das rechtliche Gehör versagt worden. Auch hier fehlt es an einer gerichtlichen Entscheidung, die Voraussetzung für die Pflicht zur Gehörsgewährung wäre;⁵ das Feststellungsurteil ist zwar eine Entscheidung, vor dieser hatte der ausländische Kläger aber Gehör erhalten.

2. Geltung im Zivilprozeß

Da Art. 103 I GG für alle gerichtlichen Verfahren gilt, ist es allgemein anerkannt, daß er auch für den Zivilprozeß Geltung beanspruchen kann.⁶

Die Ansicht Wieczoreks, der annahm, der Verfassungssatz gelte nur im Strafverfahren,⁷ ist vereinzelt geblieben. Häufiger findet sich die Auffassung, daß

2) Vgl. Behrendt, S. 304 ff.

3) So aber BayObLG, NJW 1982, 1949 in einem die Anerkennung dieser Privatscheidung ablehnenden Beschluß.

4) EzA § 794 ZPO Nr. 4 mit abl. Anm. von E. Schneider.

5) So zutreffend E. Schneider, aaO.

6) Vgl. statt vieler Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 I; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 a; Kissel, Einl. Rdnr. 165; Schönke-Kuchinke, § 8 III 1; Kurth, S. 43 f.; Dahs, S. 12; B. Werner, S. 69; Baur, AcP 153, 393 (412); BVerfG 7, 53 (57) und 95.

die Vorschrift nur für den "klassischen" Zivilprozeß, die Streitentscheidung gelte; freiwillige Gerichtsbarkeit, Zwangsvollstreckung und Sitzungspolizei seien auszunehmen.⁸ Diese einengende Auffassung, die im Wortlaut der Verfassungsnorm keine Stütze findet, wird heute mit Recht nicht mehr vertreten; das Prinzip des rechtlichen Gehörs hat vielmehr umfassende Geltung für alle gerichtlichen Verfahren.⁹

3. Unabhängigkeit von der Geltung des Beibringungsgrundsatzes

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gilt nicht nur in Verfahren, in denen der Beibringungsgrundsatz gilt, sondern auch in solchen, die unter der Herrschaft der Untersuchungsmaxime stehen.¹⁰ Die Pflicht des Gerichts, den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, kann schon deshalb keinen Ersatz für das rechtliche Gehör darstellen, weil sich dieses nicht in der instrumentalen Funktion für die Sachaufklärung erschöpft.

Hier gilt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs sogar "erst recht", weil der Beteiligte andernfalls Gefahr läuft, bloßes Objekt des Verfahrens zu werden.

-
- 7) Wieczorek, 1. Aufl., Allg. A II c 3; § 573 Anm. B; ähnlich Schütz, NJW 1961, 582 (583): "vornehmlich ein Recht des Beschuldigten im Strafverfahren".
- 8) Löwe, S. 63 ff., 282 ff.; Schlegelberger, § 12 FGG Rdnr. 19; Bettermann, Festschrift für Lent, S. 17 (42).
- 9) Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1018 f.).
- 10) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 5 a; W. Bernhardt, § 23 IV; Schönke-Kuchinke, § 8 III; Jauernig, 18. Aufl., § 25 XI; Grunsky, § 25 I; Ule, VwPR, § 30 I; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 32; Baur, ZPR, Rdnr. 52 und ACP 153, 393 (406); Kenneweg, S. 68; Kolb, S. 48; Jünemann, S. 35 f.; Rüping, S. 119, 159; Kurth, S. 147; Helmke, S. 195; Pfeiffer, S. 215; Ortlieb, S. 50; Seidel, S. 13; Bauer, S. 95; Schorn, Menschenwürde, S. 81; Goeckel, S. 77; Jansen, S. 15; Aumüller, S. 29; Mes, S. 72; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 70a; Prager, AcP 133, 143 (156); Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1016); v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); Hamann, Art. 103 Anm. B 2 a und AnwBl. 1958, 141 (146); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 b; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (363); Hill, MDR 1959, 818; Leonhard, Rpfleger 1964, 37 (38); Lesser, DRiZ 1960, 420 (421); Ule, DVBl. 1959, 537 (541); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 4; Peters-Sautter-Wolff, § 62 SGG Anm.; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 5; BVerfG 7, 53 = JZ 1957, 542 mit zust. Anm. von Baur; 7, 275 (281); 9, 256 (259); 10, 177 (182 f.); BayVerfGH 17, 44; 23, 143 (147); HessStGH, ESVGH 22, 135 (136); BSG 17, 44 (46); BGH 35, 1 (8); OLG Hamm, JMBInRW 1962, 199 (200); OLG Köln, OLGZ 1968, 324 (328); KG, OLGZ 1966, 120 (121); für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 68 f. und Sträuli-Messmer, § 56 Rdnr. 1.

Während bei Verhandlungsmaxime schon das durch das Interesse der Parteien veranlaßte Spannungsverhältnis regelmäßig dazu führt, daß alles der Ermittlung des Sachverhalts dienliche vorgetragen und durch Vermittlung des Gerichts dem Gegner bekannt wird, muß, wenn das Gericht von sich aus ermitteln darf, vermieden werden, daß die Ermittlungen des Gerichts an den Parteien vorbeigehen.¹¹

Während der Grundsatz unbestritten ist, finden sich gelegentlich bedenkliche Formulierungen, die auf eine Relativierung des Gehörs wegen Geltung der Untersuchungsmaxime hinauslaufen, etwa, wenn die Gewährung von Prozeßkostenhilfe für das beklagte Kind in Ehelichkeitsanfechtungsprozeß wegen Mutwilligkeit der Rechtsverteidigung mit der angeblich durch die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes gewährleisteten besseren Richtigkeitsgewähr des Urteils gerechtfertigt wird.¹²

In dieselbe Richtung geht es, wenn Schlosser¹³ meint, eine Ausnahme von der Beteiligungspflicht des Drittbetroffenen an dem zwischen anderen geführten Prozeß¹⁴ könne zugelassen werden, wenn das Verfahren unter der Herrschaft der Untersuchungsmaxime stehe.¹⁵

III. Das Verhältnis beider Garantien

1. Ausgestaltung des Gehörs durch die Verfahrensordnung

Die Aufnahme des Gebots des rechtlichen Gehörs in das GG bezweckte, wie die Geschichte der Entwicklung zum Verfassungssatz gezeigt hat,¹⁶ keine grundlegende Umgestaltung des Verfahrens in den einzelnen Gerichtszweigen.

11) Diese Erwägung liegt auch der ausdrücklichen Erwähnung des rechtlichen Gehörs für das Verfahren in Ehesachen (§ 616 I ZPO) zugrunde, während für das Verfahren unter dem Beibringungsgrundsatz eine entsprechende Vorschrift fehlt.

12) BVerfG 9, 256 (257); ablehnend Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 76, Lorenz, S. 236 und auch bereits Israel, JR 1948, 305; richtig dagegen BVerfG 7, 53 (57): die beklagte Partei könne sich nicht darauf verlassen, daß das Gericht schon wegen der Geltung der Untersuchungsmaxime die richtige Entscheidung fällen werde.

13) Gestaltungsklagen, S. 186 f.

14) S. dazu u. § 17.

15) Mit Recht ablehnend Grunsky, FamRZ 1966, 642.

16) S. o. § 2 I.

Die Abwägung der zu berücksichtigenden Interessen, die der unterschiedlichen Ausgestaltung des Gehörs in den einzelnen Verfahrensordnungen zugrundelagen, sollten nicht beseitigt werden. Der Ausgangspunkt des BVerfG, Art. 103 I GG gehe davon aus, daß die nähere Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs den einzelnen Verfahrensordnungen überlassen bleiben müsse,¹⁷ ist daher zweifellos zu billigen.

2. Der Satz von der "unmittelbaren Geltung"

Der BayVerfGH ist zunächst noch einen Schritt weiter gegangen: Nach seiner Auffassung¹⁸ gewährleisteten Art. 103 I GG (bzw. Art. 91 I BV) das rechtliche Gehör nur nach "Maßgabe des einschlägigen Prozeßrechts". Die Verfassungssätze hätten kein neues Recht begründen, sondern nur ein schon bestehendes Recht in den Rang des Verfassungssatzes erheben wollen. Damit wird aber dem Recht auf Gehör eine seiner wesentlichsten Schutzfunktionen genommen; es wird der Disposition des Gesetzgebers unterstellt und als Verfassungsbestimmung praktisch gegenstandslos.

Schon bald hat das BVerfG demgegenüber betont, das geltende Zivilprozeßrecht gewährleiste das rechtliche Gehör zwar weitgehend, aber doch nicht immer ausreichend. Art. 103 I GG habe nicht etwa nur der verfahrensrechtlichen Ausformung der Maxime Verfassungsrang verliehen, sondern sei darüber hinaus für die Auslegung des geltenden Verfahrensrechts heranzuziehen und begründe unmittelbar Anhörungspflichten auch da, wo sie die ZPO nicht oder jedenfalls nicht ausdrücklich vorsehe.¹⁹ Die Literatur ist dem einmütig gefolgt;²⁰ auch der BayVerfGH hat

17) BVerfG 9, 89 (95 f.); 18, 399 (405); 60, 1 (5) und 175 (210); BayVerfGH 23, 143 (148); OLG Köln, JMBINRW 1981, 101 (102); BGHSt. 13, 123 (124); Kissel, Einl. Rdnr. 166; Henkel, S. 247; Baur, AcP 153, 393 (395); ähnlich Kurth, S. 60: die Auslegung müsse berechtigten Zielsetzungen besonderer Verfahrensarten Rechnung tragen.

18) BayVerfGH 4, 21 (28); 9, 123 (126); 10, 1 (3); ebenso KG, NJW 1954, 1410; BayObLG 1956, 54 (61 f.); K. Peters, JZ 1958, 435; J. Blomeyer, S. 32.

19) BVerfG 7, 95 (98); 7, 109; 8, 253 (255); 9, 89 (96); 17, 356 (361); 20, 280 (282); 21, 132 (137); 24, 56 (62); 30, 406 (408); 34, 157 (159); 34, 344 (346); 36, 85 (87); 60, 7 (14); BVerfG, NJW 1982, 2234 und 2367; BVerfG, Rpfleger 1983, 76; ähnlich schon BVerfG 6, 12 (14).

sich dieser Meinung unter Aufgabe seiner früheren Auffassung angeschlossen.²¹

Kritik hat diese Lehre von der "unmittelbaren Geltung" des Art. 103 I GG im Zivilprozeßrecht nur bei Lerche gefunden, der stattdessen die jeweiligen Normen des Prozeßrechts verfassungskonform auslegen will.²² Das ist freilich nur dort möglich, wo das einfache Prozeßrecht dem Richter ein Ermessen einräumt, scheitert aber dort, wo nach dem Willen des Gesetzgebers die Gehörsgewährung überhaupt unterbleiben sollte.

Eine solche Fallgestaltung findet sich besonders im Beschwerdeverfahren. Eine Vorschrift darüber, daß der Beschwerdegegner zu der Beschwerde zu hören sei, fehlt in der ZPO. Eine Anhörung war vom historischen Gesetzgeber nicht, wie auch schon im gemeinen Prozeßrecht,²³ als obligatorisch gewollt,²⁴ weswegen Rechtsprechung und Literatur vor 1949²⁵ und selbst noch die herrschende Meinung nach Inkrafttreten des GG²⁶ davon ausgingen, dem Richter sei die Anhörung des Beschwerdegegners vor Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu seinem Nachteil freigestellt. Das BVerfG hat demgegenüber entschieden, die Pflicht, dem Beschwerdegegner rechtliches Gehör zu gewähren, folge hier unmittelbar aus Art. 103 I GG;²⁷ dies entspricht der heute einhelligen

20) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 I; Schönke-Kuchinke, § 8 III 3; Kissel, Einl. Rdnr. 166; Eb.Schmidt, I Rdnr. 337 f.; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 84; Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 90 BVerfGG Rdnr. 66; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 23; Arens, Rdnr. 35; Schwartz, S. 82; Kurth, S. 58 f.; Behrendt, S. 12; Jünemann, S. 21 f.; Kolb, S. 74; Rausche, S. 17; Keidel, S. 37; Dahs, S. 7; Dahs-Dahs, Rdnr. 97; Jansen, S. 16 f.; Aumüller, S. 15 f.; Seidel, S. 7; J. Bernhardt, S. 65 f.; Henkel, S. 246 f.; Steinwedel, S. 29; Reichel, S. 79; Rumpel, S. 84; Hamann, Art. 103 Anm. A 2 und AnwBl. 1958, 141 (144); Baur, AcP 153, 393 (395); Röhl, NJW 1958, 1268 (1269) und 1964, 273; Kopp, AöR 106. 604 (614, 630); v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); Croissant, NJW 1963, 1711 (1712); Krüger, DÖV 1962, 744 (745); Waechter, Betrieb 1971, 289; Leonhard, Rpfleger 1964, 37; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 1.

21) BayVerfGH 17, 44; 23, 143 (147); 24, 177 (180).

22) Lerche, ZZP 78, 1 (11 Fn. 20).

23) Schultzenstein, ZZP 13, 394 (401).

24) Vgl. die Motive bei Hahn, S. 376.

25) Rosenberg, 4. Aufl., § 147 II 4; anders aber bereits Prager, AcP 133, 143 (148 ff.) und - mit Einschränkungen - Graf, S. 42 f.

26) Nikisch, § 128 II 1; Schönke-Schröder-Niese, § 89 VII 3; Baumbach-Lauterbach, 24. Aufl., § 573 Anm. 2 C; Rosenberg, 7. Aufl., § 145 II 4.

27) BVerfG 7, 95 (98).

Ansicht.²⁸

Die Lehre von der unmittelbaren Geltung des Art. 103 I GG im Prozeßrecht rechtfertigt sich aus der gewandelten Bedeutung des rechtlichen Gehörs durch seine Aufwertung zum Verfassungssatz. Da Art. 103 I GG keinen Gesetzesvorbehalt enthält, muß auch sein Geltungsbereich umfassend sein und kann nicht nach dem Belieben des einfachen Gesetzgebers eingeschränkt sein.²⁹

3. Gehörsgewährung als Ermessensschränke

Art. 103 I GG setzt sich aber nicht nur gegenüber prozeßrechtlichen Regelungen durch, die von nur fakultativer Gehörsgewährung ausgingen, er ist auch bei der Handhabung von Verfahrensregeln zu beachten, die dem Ermessen des Gerichts überlassen sind. Hier steht die Ermessensbetätigung unter dem Vorbehalt der Gewährung ausreichenden Gehörs und kann dadurch zu einer gebundenen Entscheidung werden.³⁰ Art. 103 I GG hat damit Bedeutung als Auslegungsregel.³¹ Ist nach einfachem Prozeßrecht unklar, ob rechtliches Gehör zu gewähren ist, muß auf Grund des Art. 103 I GG zu Gunsten des rechtlichen Gehörs entschieden werden.³²

28) BVerfG 7, 109 (für Strafprozeß); 19, 49 (51, für freiwillige Gerichtsbarkeit); 30, 406 (408); 34, 157 (159) und 344 (346); 36, 85 (87); BayObLG, MDR 1980, 858; OLG Frankfurt, Rpfleger 1980, 396; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 149 IV 4; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 573 Anm. 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 573 Anm. 2 C und § 91a Anm. 5 C; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146); Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 79 b; Rumpel, S. 107; Schwartz, S. 82; Löwe, S. 347 f.; E. Schneider, MDR 1979, 617 (621); Leonhard, Rpfleger 1964, 37 (38); Heck, S. 144 f.; Jansen, S. 22; Kenneweg, S. 175; Raether, S. 65; Röhl, NJW 1958, 1268 (1271); Grünewald, S. 51; Zöllner-Schneider, 13. Aufl., § 573 Anm. IV 2; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (852 Fn. 60); Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 60; Behrendt, S. 33; Baur, AcP 153, 393 (408); A. Blomeyer, ZPR, § 105 II 3; Müller, NJW 1960, 21; für die freiwillige Gerichtsbarkeit: Keidel, S. 151. Auch im schweizerischen Recht wird eine Anhörung des Beschwerdegegners für unentbehrlich gehalten, Reinhardt, S. 84 f.

29) Kurth, S. 59.

30) RG 160, 157 (161) und SeuffArch. 90, 44; Kurth, S. 123; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 70; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 20.

31) StGH Baden-Württemberg, JZ 1969, 514; BGH 84, 24 (29).

32) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 25; Jünemann, S. 25; Heck, S. 90; Henkel, S. 247; Kolb, S. 73; zu den Ermessensvorschriften für die Gehörsgewährung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit Keidel, S. 202 ff. und Jansen, S. 16 f.

Daher ist im Erbscheinsverfahren die nach § 2360 II BGB ins Ermessen des Gerichts gestellte Anhörung der übrigen Erbpätendenten obligatorisch,³³ dem unbekannten Gegner im Beweissicherungsverfahren ist entgegen dem Wortlaut des § 494 II ZPO zwingend ein Vertreter zu bestellen, um ihm rechtzeitig das Gehör zu sichern³⁴ und die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ist trotz des in § 156 ZPO eingeräumten Ermessens geboten, wenn noch kein ausreichendes Gehör gewährt wurde.³⁵

4. Anspruchskonkurrenz bei ausreichender Gewährleistung

Ist dagegen das rechtliche Gehör im einfachen Prozeßrecht ausreichend gewährleistet, so besteht Anspruchskonkurrenz. Das rechtliche Gehör ergibt sich dann sowohl aus dem Prozeßrecht als auch aus Art. 103 I GG, und es ist dem Richter unbenommen, ob er auf die eine oder die andere Bestimmung zurückgreifen will.³⁶

In der Literatur wird diese Auffassung im Anschluß an Dürig³⁷ überwiegend abgelehnt.³⁸ Der Richter sei an das ihm nächste Gesetz gebunden, und das Verwerfungsmonopol des BVerfG werde umgangen, wenn der Richter direkt Art. 103 I GG anwenden dürfte. Aber diese Befürchtungen sind nicht berechtigt: Die Grundrechte und damit auch das rechtliche Gehör durchdringen die gesamte Rechtsordnung, und hinter den einfachrechtlichen Vorschriften, die der Gehörsgewährung dienen, steht immer zugleich die verfassungsrechtliche Garantie des Gehörs. Auch könnte, wenn nicht diese Anspruchskonkurrenz bestünde, eine Verfassungsbeschwerde, die Gehörsverletzung durch Verletzung einer Vorschrift des einfachen Rechts rügt, in keinem Fall Erfolg haben, weil keine zulässige Rüge erhoben wäre (§ 90 BVerfGG). In Wahrheit ist hier aber gleichzeitig Art. 103 I GG und damit eine im Verfassungsbeschwerdeverfahren rügbare Norm verletzt.

33) S. o. § 3 III 1 a.

34) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (362). Dagegen halten Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 494 Anm., Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 494 Anm. 2, Stein-Jonas-Schumann-Leipold, 19. Aufl., § 494 Anm. II und Wieczorek, 2. Aufl., § 494 Anm. B das eingeräumte Ermessen für unproblematisch.

35) S. o. § 7 V 1 a.

36) BSG 7, 209 (211); Rumpel, S. 85; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 5.

37) Dürig, AP Art. 103 GG Nr. 2 und Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 21.

38) Röhl, NJW 1964, 273; Jünemann, S. 23; Heck, S. 49; Seidel, S. 7; Mes, S. 70; Eb. Schmidt, I Rdnr. 349; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 2; B. Werner, S. 69.

§ 13. Der Geltungsbereich des rechtlichen Gehörs im ordentlichen Zivilprozeß

Mit der Feststellung, daß in allen Verfahrensarten Anspruch auf rechtliches Gehör besteht und sich dieser Anspruch, wenn nicht schon aus dem einfachen Prozeßrecht, dann zumindest unmittelbar aus Art. 103 I GG ergibt, ist noch nicht bestimmt, in welchen Verfahrenssituationen die Gewährung einer Äußerungsmöglichkeit geboten ist. Schon bei der Darstellung des Anspruchsinhalts wurde betont, daß rechtliches Gehör vor jeder Entscheidung zu gewähren sei. Diese Formel gilt es zu konkretisieren.

I. Der Begriff der Entscheidung

Wann eine gerichtliche Prozeßhandlung eine "Entscheidung" im Sinne des obigen Satzes darstellt, muß aus dem Zweck des rechtlichen Gehörs bestimmt werden, den Beteiligten vor einer Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre zu Wort kommen zu lassen.¹

Wenig glücklich ist daher die Begriffsbestimmung, eine solche Entscheidung sei "jedes verbindliche Urteil über beiderseitige Rechtsbehauptungen".² Das ist einerseits zu weit, da es im Rechtsbehelfsverfahren Fälle geben kann, wo die Beeinträchtigung des Gegners ausgeschlossen ist, andererseits aber zu eng, da auch solche Entscheidungen die Rechtssphäre tangieren können, denen keine Rechtsbehauptung zugrundeliegt.

Entscheidung in diesem Sinne ist vielmehr jede rechtsanwendende gerichtliche Prozeßhandlung, die einen Beteiligten beeinträchtigen kann.³ Nur ihr gegenüber können die Parteien vernünftigerweise ein Interesse haben, einflußnahmeberechtigt am Zustandekommen mitzuwirken. Fehlt es dagegen an einer denkbaren Rechtsbeeinträchtigung, ist die Gewährung einer Äußerungsmöglichkeit jedenfalls kein Gebot des rechtlichen Gehörs.

1) S. o. § 3 III 1 a.

2) Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 90 BVerfGG Rdnr. 66; Behrendt, S. 16.

3) Ebenso Heck, S. 115 ff.; Kurth, S. 162.

Eine einheitliche Forderung dahingehend, daß vor allen richterlichen Beschlüssen Gehör zu gewähren sei, läßt sich daher nicht aufstellen.⁴ Ein solches allgemeines Prinzip würde nur zu einer größeren Schwerfälligkeit des Verfahrensablaufs führen, ohne daß für die praktische Effektivität des Gehörs etwas gewonnen wäre.

II. Nicht rechtsbeeinträchtigende Entscheidungen

Zu den Entscheidungen, die schon potentiell keine Rechtsbeeinträchtigung enthalten können, zählen zum einen die prozeßtechnischen, zum anderen die vorbereitenden Maßnahmen.

1. Prozeßtechnische Entscheidungen

Zu den prozeßtechnischen Entscheidungen sind zu rechnen: die Verbindung und Trennung von Verfahren, die Anberaumung von Terminen, die Gewährung der Erlaubnis zur Zustellung bei Nacht oder an Sonn- und Feiertagen (§ 188 ZPO), die Verlängerung oder Nichtverlängerung⁵ von Fristen. Selbst wenn hier - wie bei der Fristverlängerung (§ 225 II ZPO) - die vorherige Anhörung des Gegners von der ZPO vorgeschrieben ist, ist sie doch kein Gebot des rechtlichen Gehörs, ihre Verletzung nicht mit der Verfassungsbeschwerde rügbär.⁶

Einen Anhaltspunkt für die Qualifikation einer Entscheidung als prozeßtechnische wertneutrale Entscheidung, vor der kein Gehör gewährt zu werden braucht, bietet die Unanfechtbarkeit einer solchen Regelung.⁷ Allerdings läßt sich dieser Satz nicht umkehren: Die Tatsache, daß gegen eine Terminbestimmung ausnahmsweise Beschwerde gegeben ist, wenn so spät terminiert wird, daß dies einer Rechtsverweigerung gleichkommt,⁸ bedeutet nicht, daß vor der Terminbestimmung Gehör gewährt werden müßte.

2. Vorbereitende Entscheidungen

Keine auch nur potentielle Rechtsbeeinträchtigung enthalten auch vorbereitende Entscheidungen des Gerichts. Die vorbereitenden Maßnahmen, die das

4) Kurth, S. 160.

5) Daher kann die Nichtverlängerung der Klageerwerbungsfrist damit begründet werden, der Beklagte habe mit der Klage rechnen müssen, ohne den Beklagten zu dieser Frage vorher anzuhören, selbst dann, wenn er Verwirrung einwenden wollte; BVerfG, NJW 1980, 1379 mit zu Unrecht ablehnen-der Anm. von Beyer.

Gericht nach § 273 II ZPO treffen kann oder Änderungen von Beweisbeschlüssen (§ 360 ZPO) bereiten das Verfahren nur vor; erst seine Durchführung kann die Rechtssphäre eines Beteiligten tangieren und erfordert dann rechtliches Gehör; für die vorbereitenden Maßnahmen ist dies nicht nötig. Das gilt bei der Änderung von Beweisbeschlüssen, obwohl hier die Parteien "tunlichst vorher" zu hören sind" (§ 360 S. 4 ZPO).⁹

III. Rechtsbeeinträchtigende Entscheidungen

Prozeßhandlungen des Gerichts, die nicht zu den beiden eben behandelten Fallgruppen gehören, enthalten dagegen grundsätzlich eine mögliche Rechtsbeeinträchtigung der Beteiligten, sind also Entscheidungen im obengenannten Sinne. Hier ist rechtliches Gehör der Beteiligten vor ihrem Erlaß unentbehrlich, wenn nicht in einigen wenigen Ausnahmefällen eine Rechtsbeeinträchtigung ausgeschlossen ist. Einer näheren Betrachtung sollen nur diejenigen Entscheidungen unterzogen werden, bei denen eine Rechtsbeeinträchtigung zweifelhaft ist.

1. Einzelfälle des erstinstanzlichen Erkenntnisverfahrens

Solche rechtsbeeinträchtigenden Entscheidungen sind unter anderem:

a) Zuständigkeitsbestimmungsverfahren

Wird eine Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 36 ZPO erforderlich, so muß den Parteien zuvor Gehör gewährt werden.¹⁰ Da nicht irgendein, sondern das wirklich zuständige Gericht zu bestimmen ist,¹¹ verhilft die Äußerung

6) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (365); Kurth, S. 162; Ortlieb, S. 75 (für Strafprozeß); Graf, S. 39; ebenso für das schweizerische Recht: Guldener, ZPR, S. 176.

7) Vgl. für § 225 II ZPO: RG 150, 357 (361); OLG Stuttgart, HRR 1931, 54.

8) Vgl. für alle Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 71 II 3; s. o. § 4 II 2.

9) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (365); Kurth, S. 162.

10) Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 37 Anm. 2 a; für das schweizerische Recht: BG, EuGRZ 1980, 609; a. A. Löwe, S. 338 und Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 a, weil nicht das rechtliche Gehör, sondern der Justizanspruch sage, wieweit jemand seine Rechte vor Gericht geltendmachen könne; zur Ablehnung dieser Argumentation vgl. o. § 4 II 2.

11) BVerfG 29, 45 (49).

im Zuständigkeitsbestimmungsverfahren (§ 37 ZPO) den Parteien dazu, daß sie später in der Hauptsache effektives rechtliches Gehör finden, das durch die Zuständigkeitsordnung jedenfalls im Regelfall vermittelt wird.¹²

b) Verweisungsverfahren

Obwohl § 281 ZPO für die Verweisung an das zuständige Gericht auf Antrag des Klägers das Gehör des Beklagten nicht vorschreibt, ist es heute einhellige Auffassung, daß vor der Verweisung Gehör gewährt werden muß.¹³ Das ist nicht nur deswegen verfassungsrechtlich geboten, weil durch fehlerhafte Zuständigkeitsbestimmung eine Entziehung des gesetzlichen Richters erfolgt, sondern vor allem auch deswegen, weil dadurch eine erhebliche Änderung der prozessualen Stellung der Beteiligten herbeigeführt wird. Sie sehen sich nunmehr einem anderen Gericht gegenüber und können sich - jedenfalls nach der Intention des Gesetzes¹⁴ - zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr wehren, da die Verweisung unanfechtbar ist (§ 281 II 1 ZPO).

c) Aussetzung des Verfahrens

Nicht zu den rein prozeßtechnischen Entscheidungen gehört die Aussetzung des Verfahrens (§§ 148 ff. ZPO), da sie für die Parteien eine Verzögerung in der Erledigung des Prozesses bedeutet, die eine erhebliche Rechtsbeeinträchtigung darstellen kann. Mit Recht wird daher vor Erlass eines Aussetzungsbeschlusses Gehör der Parteien gefordert.¹⁵

d) Übertragung auf den Einzelrichter

Eher zweifelhaft ist dies bei der Übertragung des Prozesses auf den alleinentscheidenden Einzelrichter beim Landgericht (§ 348 ZPO). Auch hier kann man wohl nicht von einer rein prozeßtechnischen Maßnahme sprechen, da die

12) S. o. § 11 vor I.

13) BVerfG, NJW 1982, 2367; BGH 71, 69 (72 f.); BayObLG und OLG Frankfurt, MDR 1980, 583; OLG Hamm, MDR 1981, 503 (504); BGH, Rpfleger 1978, 211; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 281 Anm. 2 D; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 281 Anm. 3; Röhl, NJW 1964, 273; Bischof, Rdnr. 207; Pentz, JR 1967, 85 (86); Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 281 Anm. III 3 a.

14) Zur Anfechtbarkeit des Verweisungsbeschlusses ohne Gehör vgl. aber u. § 20 II 2 a.

Übertragung vom Nichtvorliegen von durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschriebenen Voraussetzungen ("besondere Schwierigkeiten", "grundsätzliche Bedeutung") abhängig ist, zu denen sich die Parteien äußern können müssen. Dennoch ist eine Anhörung vor der Übertragung deshalb nicht geboten, weil die Parteien sich dazu bereits in Klageschrift und Klageerwiderung äußern sollen (§§ 253 III, 271 III ZPO) und daher bereits eine Äußerungsmöglichkeit hatten.¹⁶

e) Verfahren bei Ablehnung eines Richters wegen Befangenheit

Rechtsbeeinträchtigend für einen Beteiligten kann sich auch die Ablehnung eines Richters durch seinen Gegner auswirken, da er sich in diesem Fall, besonders wenn der Prozeß schon weit fortgeschritten ist, auf eine neue Richterperson einstellen muß und in seinem Recht auf effektives Gehör beeinträchtigt sein kann. Obwohl kein Recht auf die Beibehaltung einer bestimmten Richterpersönlichkeit besteht, ist hier Gehör des Gegners erforderlich.¹⁷

Entbehrlich ist die Anhörung des Gegners nach allgemeinen Grundsätzen¹⁸ dann, wenn das Ablehnungsgesuch offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist.

Auch der Ablehnende hat im Richterablehnungsverfahren rechtliches Gehör. Insbesondere muß er zur dienstlichen Äußerung des abgelehnten Richters (§ 44 III ZPO) Stellung nehmen können; war ihm diese Stellungnahme verwehrt, so ist die Äußerung unverwertbar.¹⁹

15) BPatG, GRUR 1977, 679; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 148 Anm. 2 A; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., § 148 Anm. II 3; Kurth, S. 162 f.; a. A. Stein-Jonas-Grunsky, 20. Aufl., § 573 Rdnr. 3 wegen der Möglichkeit der Aufhebung nach § 150 ZPO.

16) Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 348 Anm. 2 b; a. A. Bischof, Rdnr. 234, der zwingendes Gehör annimmt. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 348 Anm. 3 D halten es für eine Anstandspflicht.

17) Zöller-Vollkommer, 13. Aufl., § 46 Anm. I c; Röhl, NJW 1964, 273 (279); Heck, S. 124; Behrendt, S. 15; C. Seibert, JZ 1960, 85; a. A. Bolgiano, S. 41; Rumpel, S. 93; Löwe, S. 337 f.; wohl auch OLG Düsseldorf, Rpfleger 1975, 257; Gehör des Gegners sei nicht erforderlich.

18) Vgl. dazu u. § 15 I 1.

19) BVerfG 24, 56 (62); OLG Koblenz, JurBüro 1976, 1684; OLG Braunschweig, NJW 1976, 2024 (2025); VGH Kassel, NJW 1969, 1399; Zöller-Vollkommer, 13. Aufl., § 46 Anm. I c; v. Münch-Raubaal, Art. 103 Rdnr. 6; Seidel, S. 49 f.; Waechter, Betrieb 1971, 289 (290); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 8; Bischof, Rdnr. 218.

Eine Ausnahme soll dann gelten, wenn sich die dienstliche Äußerung auf die Stellungnahme beschränkt, der Richter halte sich nicht für befangen.²⁰ Richtigerweise wird, wenn diese Stellungnahme nicht mitgeteilt worden ist, zwar nicht die Verletzung des Äußerungsrechts zu verneinen sein; die Entscheidung kann hierauf aber schwerlich beruhen.

Dieselben Grundsätze gelten natürlich auch für die Ablehnung eines Sachverständigen wegen Befangenheit.²¹

f) Selbstablehnung eines Richters

Für das Verfahren bei der Selbstablehnung eines Richters schreibt § 48 II ZPO hingegen ausdrücklich vor, daß diese Entscheidung ohne Gehör der Parteien ergeht. Die Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit Art. 103 I GG ist mehrfach in Zweifel gezogen worden.

Die Vorschrift wird namentlich mit der Begründung für verfassungswidrig gehalten, daß sie die Parteien ihrem gesetzlichen Richter entziehe und deswegen beschwere.²²

Diese Bedenken vermögen nicht zu überzeugen. Zwar läßt sich die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift noch nicht damit begründen, daß Art. 103 I GG den Parteien Gehör nur in einem bereits anhängigen Verfahren gewähre,²³ da das Verfahren der Selbstablehnung zum Hauptprozeß gehört und nicht in formalistischer Weise von ihm abgespalten werden kann. Eine Rechtsbeeinträchtigung muß aber wohl deshalb ausscheiden, weil die Selbstablehnung eine innere Angelegenheit des Gerichts darstellt und es deshalb vertretbar ist, sie nur in ihrem Ergebnis den Parteien zur Kenntnis zu bringen. Eine fehlerhafte Entscheidung über die Selbstablehnung mag unter dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Richters bedenklich sein; unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs unter-

20) OLG Köln, MDR 1973, 57.

21) Jessnitzer, Sachverständiger, S. 142; Bischof, Rdnr. 290.

22) Schwartz, S. 44 f.; E. Schneider, JR 1977, 270 (273) und JurBüro 1979, 1441 (1444); LG Regensburg, FamRZ 1979, 525; Arzt, JR 1974, 75 (76); Löwe-Rosenberg-Dünnebieber, § 30 Rdnr. 6; Paulus, KMR, § 30 Rdnr. 6; Wieczorek, 2. Aufl., § 48 Anm. B II b; zweifelnd bereits Pentz, JR 1967, 85 (87).

23) So aber BGH, NJW 1970, 1644.

scheidet sich die Selbstablehnung von der Parteiablehnung aber dadurch, daß sich hier nicht der Gegner eine günstigere Rechtsstellung zu verschaffen sucht, die einer verschlechterten des Gehörsberechtigten entspricht, sondern daß im Interesse beider Beteiligten die Entscheidung des Prozesses von der Mitwirkung des Richters freigestellt werden soll, der sich selbst für befangen hält. Insofern ist dieser Fall weit eher mit dem Ausscheiden eines Richters oder einer Änderung der Geschäftsverteilung zu vergleichen, auf die die Parteien zweifellos keinen Einfluß haben.²⁴

Keinem Zweifel sollte allerdings unterliegen, daß rechtspolitisch eine Streichung des § 48 II ZPO wünschenswert wäre. Der Schutz des sich ablehnenden Richters allein kann nicht den Ausschlag geben vor dem Eindruck eines "Geheimverfahrens", das die Parteien durch ihre Nichtanhörung zwangsläufig gewinnen müssen.

g) Entscheidung über die Wiedereinsetzung

Im Wiedereinsetzungsverfahren (§ 238 ZPO) ist Gehör des Gegners des Antragstellers nicht ausdrücklich vorgeschrieben.²⁵ Dennoch entspricht es einhelliger Überzeugung, daß einem Wiedereinsetzungsantrag nicht ohne Gehör des Gegners stattgegeben werden darf.²⁶ Die Entscheidung enthält für ihn

-
- 24) Im Ergebnis ebenso, wenn auch meist ohne nähere Begründung: Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 25 II 3 b; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 48 Anm. 2; Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 48 Rdnr. 4; Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A I 1 und Zöller-Vollkommer, § 48 Anm. III 2; Freudenthal-Sauerländer, § 48 Anm.; Rüping, S. 174; Prager, AcP 133, 143 (173); Kurth, S. 62; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 8; Rumpel, S. 93; Kleinknecht-Meyer, § 30 Rdnr. 5; Eyermann-Fröhler, § 54 Rdnr. 8; Redeker-von Oertzen, § 57 Rdnr. 17; Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 19 Rdnr. 13; BGH, NJW 1970, 1644; LG Oldenburg, MDR 1972, 615; für Strafsachen: BGH, GA 1962, 338; vgl. auch Löwe, S. 337 f. und Bischof, Rdnr. 224.
- 25) Anders im Strafprozeßrecht (§ 33 II, III StPO) und bereits die Regelung des Art. 217 I der Prozeßordnung für Bayern von 1869.
- 26) BVerfG 8, 253; 14, 8 (10); 53, 109; NJW 1982, 2234; Rpfleger 1983, 76; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 70 IV 2 b; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 238 Anm. 1; Zeller-Stöber, § 1 Rdnr. 58; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 238 Anm. 1 c; Eyermann-Fröhler, § 60 Rdnr. 28; Keidel, S. 185; Kurth, S. 185; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (852); Ortlieb, S. 171 ff.; Rumpel, S. 102; Leonhard, Rpfleger 1964, 37 (40); Waechter, Betrieb 1971, 289 (291); Pentz, JR 1967, 85 (87); Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV f 4; E. Schneider, MDR 1979, 617 (619); Lesser, DRiZ 1960, 420 (421); Jansen, S. 24 (Fn. 56); Giese-Schunck, Art. 103 Anm. II 1; Hamann, Art. 103 Anm. A 2; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 Rdnr. 80; für die EMRK: Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 41.

nämlich eine erhebliche Rechtsbeeinträchtigung, indem eine ihm günstige Entscheidung ihrer Rechtskraft beraubt wird, und zwar noch dazu ohne daß er sie anfechten könnte, weil die Gewährung der Wiedereinsetzung unanfechtbar ist (§ 238 III ZPO).

Von diesem Grundsatz soll eine "Ausnahme" gelten, wenn einem rechtzeitig eingegangenen Prozeßkostenhilfegesuch erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist stattgegeben wird und daher nach gefestigter Rechtsprechung und Lehre²⁷ dem Wiedereinsetzungsgesuch stattgegeben werden muß.²⁸ Wenn hier auch die Gewährung rechtlichen Gehörs bloße Form ist, können solche "Ausnahmen" doch nicht gebilligt werden; vgl. dazu u. § 15.

h) Zurückweisung von Vorbringen

Rechtsbeeinträchtigend ist nach einhelliger Meinung auch die Zurückweisung von Vorbringen. Die Partei muß Gelegenheit haben, die Verspätung zu entschuldigen oder die Annahme einer Verspätung zu widerlegen; sie darf nicht im Urteil von der Zurückweisung überrascht werden.²⁹

i) Aufnahme ins Protokoll

Vor der Stattgabe oder Ablehnung eines Antrags auf Aufnahme bestimmter Vorgänge oder Äußerungen ins Protokoll (§ 160 IV ZPO) ist dem Gegner ebenfalls Gehör zu gewähren.³⁰ Dies rechtfertigt sich aus der dem Protokoll innewohnenden besonderen Beweiskraft (§ 165 ZPO).

j) Prozeßkostenhilfebewilligungsverfahren

Seit langem umstritten ist die Frage, ob ein Anspruch auf rechtliches Gehör auch im Prozeßkostenhilfebewilligungsverfahren (§ 118 ZPO) besteht.³¹ Für

27) Vgl. für alle Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 70 III.

28) BVerfG 8, 253 (256); Kurth, S. 185; E. Schneider, MDR 1979, 617 (619); Rumpel, S. 102; Kenneweg, S. 122.

29) Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 296 Anm. 6 a; Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 527 Anm. VII 5 und § 278 Anm. III 4; E. Schneider, JR 1965, 328 (329); Hartmann, NJW 1978, 1457 (1461); Bischof, Rdnr. 169.

30) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 160 Anm. 5 B.

31) Die hier diskutierte Streitfrage bestand auch bereits unter der Geltung des früheren Armenrechts und ist durch das neue Recht nicht eindeutig geklärt worden (vgl. aber u. bei Fn. 39). Die gegebenen Nachweise vor 1980 beziehen sich auf das damalige Armenrecht.

das Äußerungsrecht des Antragstellers sollte hieran eigentlich kein Zweifel bestehen. Er muß Gelegenheit haben, die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen darzulegen, aus denen sich sein Anspruch auf Prozeßkostenhilfe ergibt. Die Ablehnung der Prozeßkostenhilfe ist für die wirtschaftlich schwache Partei zwar de iure keine rechtskräftige Entscheidung in der Sache, aber praktisch der Verlust des Rechtsschutzes überhaupt.³² Dieses Recht auf Gehör gilt nicht nur hinsichtlich der Voraussetzungen der Prozeßkostenhilfe, sondern auch für die Wertfestsetzung, weil es von ihr abhängt, ob die Gewährung nicht wegen der Bewilligungssperre des § 115 III ZPO zu unterbleiben hat.³³

Nach richtiger Auffassung hat aber auch der Gegner der wirtschaftlich schwachen Partei Anspruch auf rechtliches Gehör. Die Aufgabe des Gerichts, die Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung zu beurteilen, ist ohne seine Mitwirkung regelmäßig nicht zu lösen. Zwar ist es das Ziel des neuen Prozeßkostenhilferechts, es nicht zu der früher vielfach üblichen Vornahme der Hauptsacheprüfung im Bewilligungsverfahren kommen zu lassen,³⁴ das Bewilligungsverfahren dient aber keineswegs ausschließlich der Schonung der Staatskasse und der Arbeitsentlastung der Gerichte.³⁵ Vielmehr muß der Gegner infolge der Bewilligung einen Prozeß führen, bei dem es höchst unsicher ist, ob die aufgewendeten Kosten einbringlich sind, wenn er obsiegt; die Pflicht der wirtschaftlich schwachen Partei, die Kosten zu erstatten (§ 123 ZPO) nutzt ihm ja nur dann, wenn diese zur Zahlung der Kosten auch in der Lage ist.

Die pointierte Feststellung Baumbachs, die Prozeßkostenhilfe sei ein beliebtes Mittel für Narren und Quengler, den wirklichen oder vermeintlichen Gegner in einen Prozeß zu verwickeln, bei dem dieser dann Nerven und Geld ohne Entschädigung einbüßt,³⁶ hat auch heute noch eine gewisse Berechtigung.

32) BVerfG 20, 280 (282); 20, 347 /349); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 118 Anm. 1 a; BayVerfGH 31, 235 (237); Behrendt, S. 15; a. A. Schwartz, S. 51, weil sich der Antragsteller "automatisch" Gehör verschaffe und daher in seinem Anspruch nicht verletzt sein könne, Ortlieb, S. 45 und Löwe, S. 334 f., weil es sich nicht um eine Entscheidung "vor Gericht" handle.

33) Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 115 Anm. VI 5.

34) Das Argument von BayVerfGH 15, 8 (10) und BVerfG 10, 264 (268), daß schon im Prozeßkostenhilfebewilligungsverfahren eine zwar vorläufige, aber doch eingehende Prüfung der Erfolgsaussichten vorgenommen werde, ist daher heute nicht mehr von Gewicht.

35) So aber Pohlmann, NJW 1954, 847.

36) Baumbach, 11. Aufl., vor § 114 Anm. 1 B.

Die obligatorische Anhörung wird auch damit gerechtfertigt, daß zwischen Antragsteller und Antragsgegner im Bewilligungsverfahren bereits ein ähnliches Spannungsverhältnis wie zwischen Kläger und Beklagtem im folgenden Prozeß besteht.³⁷ Der Antragsteller ist, damit die Erfolgsaussicht bejaht werden kann, gehalten, schon im Bewilligungsverfahren alles ihm Günstige vorzutragen; sein Gegner muß daher in die Lage versetzt werden, dem schon jetzt entgegenzutreten.

Die heute überwiegende Meinung bejaht mit diesen Erwägungen zu Recht den Anspruch auch des Gegners auf rechtliches Gehör im Bewilligungsverfahren.³⁸ Auch der Gesetzgeber dürfte sich durch die Änderung der Formulierung in § 118 I 1 ZPO dieser Ansicht zumindest angenähert haben.³⁹ Nach den allgemeinen Grundsätzen gilt dies auch für ein Beschwerdeverfahren gegen die Versagung der Prozeßkostenhilfe (§ 127 II 2 ZPO).

Diese Ansicht stößt bis heute auf Widerspruch.⁴⁰ Zur Begründung wird angeführt, der Gegner habe in diesem Verfahren noch nicht die Stellung einer Partei; der Gegner sei vielmehr die Bundes- oder Landeskasse, es würden noch keine endgültigen Feststellungen getroffen, der Gegner sei lediglich "Auskunftsperson",⁴¹ es handle sich eigentlich nur um ein Verwaltungsverfahren, das aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Prozeßgericht übertragen sei. Weiter wird gesagt, "bezeichnen-derweise" rede § 118 ZPO nicht vom "Antragsgegner", sondern vom "Gegner",⁴² aber diese Bezeichnung dürfte wohl eher die hier vertretene Meinung stützen. Ebenso ist die Tatsache, daß die Bewilligung der Prozeßkostenhilfe unanfechtbar ist (§ 127 II 1 ZPO), viel eher ein Argument für als gegen die Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs, denn dieser Umstand hat zur Folge, daß die Rechtsnachteile, die eine erfolgte Gewährung für den Gegner herbeigeführt hat, nicht mehr korrigiert werden können. Formalistisch ist es, wenn danach differenziert

37) BayVerfGH 15, 8 (10 ff.) = JZ 1962, 673 mit abl. Anm. von Bettermann; zustimmend Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 52; Waldner, JurBüro 1982, 801 (803); ablehnend Kurth, S. 183; Pentz, NJW 1982, 1269; Krüger, DÖV 1962, 744.

38) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 III 5 b und 90 VI 1 c; Kurth, S. 182 f.; Röhl, NJW 1964, 273 (275); E. Schneider, MDR 1979, 617 (618) und 1981, 793; Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 118 Anm. 1 l; Holch, NJW 1981, 151 (153); Kenneweg, S. 174 f.; Pentz, DRiZ 1966, 400 (402) und JR 1967, 85 (87); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 118 Anm. 2 A; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 118 Anm. 1 a; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 80; Rumpel, S. 97; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 1; Birkel, § 118 Anm. 2; Schoreit-Dehn, § 118 Rdnr. 2; Waldner, JurBüro 1982, 801 (803); BVerfG 20, 280 (282) und 347 (349); BayVerfGH 15, 8 (10 ff.); OLG Hamburg, NJW 1973, 812 (813); OLG Frankfurt, NJW 1966, 455; OLG Köln, MDR 1980, 407. BGH 37, 113 (119) und Jauernig, 19. Aufl., § 96 III halten eine Anhörung für "regelmäßig erforderlich".

39) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 118 Anm. 2 A.

wird, ob der Gegner ohne die Gewährung von Prozeßkostenhilfe Sicherheitsleistung hätte verlangen können;⁴³ nur dann sei der Gegner durch die Gewährung von Prozeßkostenhilfe belastet. Damit würde allein auf die unmittelbare Wirkung der Prozeßkostenhilfegewährung abgestellt, aber übersehen, welche erhebliche Verschlechterung der gegnerischen Position mittelbar und faktisch mit der Gewährung verbunden ist.

Zwar muß das Bewilligungsverfahren vom Gesetzgeber nicht in der jetzt bestehenden Form beibehalten werden;⁴⁴ solange das Verfahren aber in dieser Form durchgeführt wird, muß auch gewährleistet sein, daß der Gegner in ihm zu Wort kommt.

Das rechtliche Gehör des Gegners im Prozeßkostenhilfebewilligungsverfahren bezieht sich allerdings nur auf die objektiven, nicht auch auf die subjektiven Voraussetzungen, also nur auf Erfolgsaussicht und fehlende Mutwilligkeit, nicht aber auf die dem Antrag beizufügende Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (§ 117 II ZPO).⁴⁵

Die Anhörung des Gegners soll verhindern, daß Prozeßkostenhilfe für einen Prozeß bewilligt wird, den eine verständige wohlhabende Partei nicht führen würde. Deshalb muß der Gegner Gelegenheit haben, zu den sachlichen Voraussetzungen der Prozeßkostenhilfe Stellung zu nehmen. Er hat ein schützenswertes Interesse daran, einen aussichtslosen oder mutwilligen Prozeß gegen sich abzuwehren; eine Abwehr durch den Versuch des Nachweises, die wirtschaftlich

40) Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 118a Rdnr. 6; D. Brüggemann, ZJP 81, 458 (474); A. Blomeyer, ZPR, § 130 II 2 (ebenso 16 II 5 für das Beschwerdeverfahren); Bull, DRiZ 1963, 119; Ortlieb, S. 45; Jansen, S. 20 (Fn. 44); Dunz, Justiz 1957, 25 (28) und NJW 1962, 814 (815); Löwe, S. 334 ff.; für die EMRK: Pieck, S. 15; aus der älteren Literatur: Jonas, JW 1932, 2057; KG, JW 1932, 1764; Graf, S. 39; vgl. auch RG 135, 110 (114).

41) So Haßlacher, JW 1933, 501; Graf, S. 39; Jonas, JW 1932, 2057.

42) Bettermann, JZ 1962, 675.

43) Schwartz, S. 55; Helmke, S. 173 ff.; Bettermann, JZ 1962, 675 (678); D. Brüggemann, ZJP 81, 458 (477).

44) Helmke, S. 175 f.

45) Holch, NJW 1981, 151 (153 f.); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 117 Anm. 4; Pentz, NJW 1983, 1037; LG Stade, NdsRpfl. 1982, 65; a. A. E. Schneider, MDR 1981, 793 (796 f.) und Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 118 Anm. I 1 a; OLG Karlsruhe, NJW 1982, 2507; OLG Celle, MDR 1982, 761; OLG Bremen, FamRZ 1982, 832; OLG Köln, MDR 1983, 323.

schwache Partei verfüge über Einkommen oder Vermögen, das sie in der von ihr geforderten Erklärung nicht angegeben habe, verdient dagegen keinen Schutz; eine fehlerhafte Entscheidung über diese Voraussetzungen beeinträchtigt seine Rechtssphäre nicht: Es gibt kein Recht darauf, nicht mit einem Prozeß überzogen zu werden.

Es bedarf daher nicht der Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsschutz des Antragstellers und dem Gehörsrecht seines Gegners, die der Erwägung zugrunde liegt, das rechtliche Gehör zu den persönlichen Voraussetzungen würde die wirtschaftlich schwache Partei erheblich beeinträchtigen, weil dadurch ihre gesamten persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse dem Gegner zugänglich würden und dadurch der mit dem Steuergeheimnis (§ 30 AO) und dem Sozialgeheimnis (§§ 67 ff. SGB (X)) bezweckte Schutz der Privatsphäre illusorisch würde.⁴⁶ Eine solche Abwägung ist problematisch, weil sie darauf hinausliefe, hier eine "Ausnahme" vom rechtlichen Gehör anzunehmen.⁴⁷ Richtig ist vielmehr, daß sich das rechtliche Gehör von vorneherein nur auf den für den Gegner rechtsbeeinträchtigenden Teil der Entscheidung erstreckt, und das ist nur die Entscheidung zu den sachlichen Voraussetzungen.

Ob die Erklärung nach § 117 II ZPO zum Schutz des Persönlichkeitsrechts des Antragstellers und seiner Angehörigen unter dem Blickwinkel der Art. 1 I, 2 I GG in Beiakten aufgenommen werden muß, in die dem Gegner keine Einsicht gewährt werden darf,⁴⁸ kann hier unentschieden bleiben; das rechtliche Gehör verbietet ein solches Vorgehen jedenfalls nicht.

Aus der Notwendigkeit, effektives rechtliches Gehör im Bewilligungsverfahren zu gewähren, kann sich auch die Pflicht zur Gewährung von Prozeßkostenhilfe und zur Beordnung eines Anwalts für das Bewilligungsverfahren selbst, ausnahmsweise sogar für den Antragsteller, ergeben.⁴⁹

k) Kostenrechtliche Verfahren und Entscheidungen

Bei kostenintensiven Prozessen ist die richtige Festsetzung der ihr oder ihrem Gegner erwachsenen Kosten oft von nicht minderer Bedeutung für die Partei

⁴⁶ So Holch, NJW 1981, 151 (153).

⁴⁷ S. dazu u. § 15.

⁴⁸ So Holch, NJW 1981, 151 (155); praktische Einwände äußert E. Schneider, MDR 1981, 793 (797).

⁴⁹ Diese Frage ist in der zivilprozessualen Literatur lebhaft umstritten, wird aber meist nicht mit dem Problem effektiver Gewährung rechtlichen Gehörs in Verbindung gebracht. Vgl. zuletzt Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 90 VI 1 c und Waldner, JurBüro 1982, 801 (bejahend) und Pentz, NJW 1982, 1269 (verneinend) je mit weiteren Nachw.

als die richtige Entscheidung des Rechtsstreits. Auch die das Kostenfestsetzungsverfahren abschließende Entscheidung ist daher potentiell rechtsbeeinträchtigend; vor ihr ist dem Gegner des Antragstellers stets rechtliches Gehör zu gewähren.⁵⁰

Meist wird die Einschränkung gemacht, die Anhörung sei in einfachen, eindeutig gelagerten Fällen entbehrlich.⁵¹ Wann aber ein solcher Fall anzunehmen ist, wird häufig gerade die Frage sein. Richtiger ist es wohl, hier einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör anzunehmen, der aber, wenn keine irgendwie zweifelhaften Posten festgesetzt sind, folgenlos bleibt, weil die Entscheidung nicht auf der unterlassenen Anhörung beruhen kann. Keinesfalls sollte man aber die Pflicht zur Anhörung auf die Fälle zweifelhafter Beträge beschränken,⁵² und sicher unrichtig ist es, in der Kostenfestsetzung einen rein formellen Akt zu sehen, der im Regelfall eine vorherige Anhörung des Gegners entbehrlich mache.⁵³ Die zahlreichen Streitfragen des Kostenrechts sprechen entschieden gegen ein solches Verständnis dieses Verfahrens.

Ein Verstoß gegen die Pflicht zur Gehörgewährung ist, wie auch sonst,⁵⁴ in der Beschwerdeinstanz heilbar.⁵⁵ Die Pflicht zur Gehörgewährung gilt ebenso wie im Kostenfestsetzungsverfahren auch im Kostenausgleichsverfahren (§ 106 ZPO).⁵⁶

Die Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs gilt auch für andere Prozeßhandlungen des Gerichts, die für die Kostenbelastung der Parteien von Bedeutung sind, so für die Streitwertfestsetzung (§ 3 ZPO).⁵⁷ Auch vor der Aufhebung eines Beschlusses, durch den ein ausgebliebener Zeuge in die durch sein Ausbleiben

50) BVerfG 19, 148 (149); LG Frankfurt, NJW 1971, 2034; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 103 Anm. 1 B; Hamann, Art. 103 Anm. B 2 a; Goeckel, S. 77; Zeller-Stöber, § 1 Rdnr. 58.

51) Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 104 Anm. 1 a aa; OLG Stuttgart, Rpfleger 1974, 26; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 104 Anm. I 1 a; OLG Stuttgart, Rpfleger 1971, 308; LG Aurich, JurBüro 1976, 1387.

52) So aber OLG Hamburg, MDR 1976, 324; OLG Karlsruhe, Rpfleger 1973, 219 (220).

53) So aber Kurth, S. 188; Graf, S. 36.

54) S. u. § 18 II 2.

55) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 104 Anm. 4 C b.

56) Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 106 Anm. I 2.

57) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 3 Anm. 2 B; Rumpel, S. 92; a. A. Baumbach-Lauterbach, 25. Aufl., aaO.

verursachten Kosten verurteilt worden ist (§ 380 I ZPO), ist den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren.⁵⁸ Die Pflicht der Parteien, diese Kosten zu tragen, ist nicht nur ein bloßer Reflex der durch den Beschluß erfolgenden Freistellung des Zeugen.

Nicht betroffen ist hingegen die Partei von der Festsetzung der Entschädigung für einen Zeugen oder Sachverständigen nach dem ZSEG, da die festgesetzte Entschädigung nicht gegen sie wirkt und ihre Unrichtigkeit in der Kostenfestsetzung geltendgemacht werden kann.⁵⁹

Schließlich muß der Betroffene vor der nach § 34 GKG möglichen Auferlegung einer Verzögerungsgebühr gehört werden.⁶⁰ Das ist schon deswegen geboten, weil eine solche Maßnahme im Zivilprozeß ungebräuchlich ist und dadurch zwangsläufig eine Überraschungsentscheidung vorliegen würde. Die Gewährung rechtlichen Gehörs kann nur durch das Protokoll bewiesen werden.⁶¹

1) Sitzungspolizeiliche Maßnahmen

Noch vor etwa zwanzig Jahren war lebhaft umstritten, ob die Gerichte vor der Ausübung ihrer sitzungspolizeilichen Befugnisse dem Störer rechtliches Gehör zu gewähren hätten. Dies wurde zum einen deshalb verneint, weil es sich nicht um eine gerichtliche Entscheidung, sondern um einen "richterlichen Verwaltungsakt" handle,⁶² zum anderen deshalb, weil das Gesetz die Anhörung nicht vorsehe und die Notwendigkeit einer "Diskussion" sich nicht mit der dem Gericht gebührenden Achtung verträge und eine Anhörung allenfalls dann zweckmäßig sei, wenn Mißverständnisse oder Unklarheiten über das Vorgefallene bestünden.⁶³ Diese

58) BayVerfGH 18, 134 (138 f.).

59) BayVerfGH 26, 115 (117 f.).

60) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., Anhang nach § 95 Anm. 3 A b; Hartmann, § 34 GKG Anm. 3 A b; Bischof, Rdnr. 228; Röhl, NJW 1958, 1268 (1272) und 1964, 273; Kenneweg, S. 176 f.; BFH, NJW 1970, 112; OLG Hamm, NJW 1968, 1434 (1435) und MDR 1978, 150; OLG München, NJW 1965, 306; OLG Köln, MDR 1962, 489; OLG Stuttgart, MDR 1956, 496; LG Essen, MDR 1971, 406.

61) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4 A; OLG Hamm, NJW 1968, 1434 (1435); a. A. Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV g 8.

62) So Löwe, S. 360 f.; Kniestedt, MDR 1960, 197 und 1961, 25 (jedoch ein nobile officium annehmend); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 b und XIV 2 (siehe aber auch in Fn. 64); zweifelnd Arndt, NJW 1959, 1297.

Auffassung kann heute als überwunden gelten. Es entspricht der einhelligen Meinung, daß rechtliches Gehör vor der Verhängung einer solchen Maßregel auch im Interesse der Würde des Gerichts notwendig ist.⁶⁴ Auch die Tatsache, daß die Entscheidung nicht dem Vorsitzenden, sondern der Kammer obliegt, sowie die Notwendigkeit der Beachtung der Förmlichkeiten des § 182 GVG sprechen für die Bedeutung, die das Gesetz dieser Angelegenheit zuerkennt und damit für die Notwendigkeit des Gehörs.

Bei fortgesetzter Störung, bei der der Wille zur Provokation offenliegt oder bei selbstverschuldeter Verhandlungsunfähigkeit, etwa bei Trunkenheit, die jede Verständigung ausschließt, soll nach der überwiegenden Meinung der Anspruch wegen des "eigenverantwortlichen Verlusts prozessualer Befugnisse" ausgeschlossen sein.⁶⁵ Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Die Sicherheit, daß eine Anhörung nur zu weiteren Störungen führen würde, kann im voraus nie bestehen. Immer ist eine andere Beurteilung des Sachverhalts möglich, wenn Gehör gewährt wird. Insofern unterscheidet sich der Fall nicht von anderen Gewährungen rechtlichen Gehörs. Der Anspruch ist vielmehr erst dann verwirkt, wenn sich gezeigt hat, daß ihn der Beteiligte nicht wahrnimmt oder mißbraucht. Erst dann kann ihm das Wort entzogen werden. Dieser Versuch muß aber mit jedem Betroffenen gemacht werden, mag es sich dabei auch häufig um eine Formalie handeln.⁶⁶

-
- 63) Lesser, DRiZ 1960, 420 (421); Röhl, NJW 1958, 1268 (1270); Mellwitz, § 62 SGG Rdnr. 1; Wild, S. 62; Schultz, MDR 1959, 174 (175); OLG Darmstadt, JW 1934, 780; OLG Hamm, Rpfleger 1951, 135; OLG Düsseldorf, MDR 1953, 555; OLG Neustadt, MDR 1953, 555 (556).
- 64) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 86; Dahs, S. 57 f.; Hamann, Art. 103 Anm. B 2 a; Behrendt, S. 19; Rüping, S. 167; Harburger, BayRpflZ 1912, 121; Woesner, NJW 1959, 866 f.; Eb.Schmidt, § 178 GVG Rdnr. 8; Tillmann, MDR 1960, 640; Rumpel, S. 142 f.; Ortlieb, S. 188; Kenneweg, S. 151 f.; Hofmann, S. 67 ff., 101 f.; Löwe-Rosenberg-Schäfer, § 178 GVG Rdnr. 26; Schorn, Menschenwürde, S. 68; Heck, S. 137; Röhl, NJW 1953, 1531 (1532 Fn. 11) und 1964, 273 (275); Koeniger, S. 421; Rehbindner, MDR 1963, 640 (644); Kleinknecht-Meyer, Einl. Rdnr. 13; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 d; Peters-Sautter-Wolff, § 61 SGG Anm.; BayObLGSt. 25, 207; OLG Bamberg, BayRpflZ 1930, 288; OVG Lüneburg, OVG 15, 452 (454 f.); OLG Saarbrücken, NJW 1961, 890; OLG Neustadt, NJW 1961, 2320 (2321); OLG Stuttgart, Justiz 1962, 185; OLG Celle, MDR 1958, 265; OLG Bremen, NJW 1959, 61; für die EMRK: Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 8 f.; für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 79.
- 65) So Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 86; Löwe-Rosenberg-Schäfer, § 178 GVG Rdnr. 27; Eb. Schmidt, § 178 GVG Rdnr. 8; Dahs, S. 59; Kenneweg, S. 152; Rehbindner, MDR 1963, 640 (644); Harburger, BayRpflZ 1912, 121 (122); Kleinknecht-Meyer, § 178 GVG Rdnr. 17; Ortlieb, S. 191; Woesner, NJW 1959, 866 (868); OLG Neustadt, NJW 1961, 2320 (2321); OLG Stuttgart, Justiz 1962, 185; OLG Hamm, DRiZ 1970, 27; im Ergebnis ebenso Heck, S. 138; offengelassen von OVG Lüneburg, OVG 15, 452 (455).
- 66) Wie hier Hofmann, S. 69 f., 102 f.

2. Rechtsmittelverfahren

Da die Nichtgewährung eines Instanzenzugs nicht bedeutet, daß in den Rechtsmittelinstanzen kein Anspruch auf rechtliches Gehör bestünde,⁶⁷ bedürfen auch hier nur diejenigen Verfahren der Diskussion, in denen die Geltung des Anspruchs auf Gehör bestritten worden ist.

a) Beschwerdeverfahren

Der Grundsatz, daß im Beschwerdeverfahren auch der Gegner des Beschwerdeführers Anspruch auf eine Äußerungsgelegenheit hat, ist bereits bei der Darstellung des Satzes von der unmittelbaren Geltung des Art. 103 I GG bei mangelnder gesetzlicher Regelung dargestellt worden.⁶⁸ Er gilt auch dann, wenn der Sachverhalt unverändert ist.⁶⁹ Das ergibt sich zum einen daraus, daß sich der Anspruch auf rechtliches Gehör auch auf Rechtsfragen bezieht, zum anderen daraus, daß es der Subjektstellung des Beteiligten widerspricht, ihn mit einer Beschwerdeentscheidung zu überraschen, ohne daß er überhaupt wußte, daß ein Beschwerdeverfahren anhängig und ein Beschwerdegericht mit der Sache befaßt war. Erst recht ist die Anhörung des Gegners ein Gebot des Art. 103 I GG, wenn schon die ZPO die Anhörung des Gegners vorschreibt, wie bei der sofortigen Beschwerde gegen einen Beschluß, der nach Erledigungserklärung über die Kosten entscheidet (§ 91 a II 2 ZPO).⁷⁰

Der "Gegner" im Beschwerdeverfahren muß nicht in jedem Fall die Gegenpartei sein. Entscheidend ist nur, wem durch den Erfolg der Beschwerde ein Nachteil entstehen kann. Daher muß auch die Partei gehört werden, wenn ihr Anwalt Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung mit dem Ziel eines höheren Ansatzes einlegt.⁷¹ Er ist hier nicht mehr Vertreter seiner Partei, sondern es entsteht ein Interessenkonflikt zwischen beiden.

Gehör muß dem Beschwerdegegner auch gewährt werden, wenn das Gericht der einfachen Beschwerde abhelfen will. Seinen Belangen wird nicht etwa dadurch Rechnung getragen, daß er gegen den abhelfenden Beschluß seinerseits Beschwerde einlegen kann.⁷²

67) S. o. § 7 V 1 b.

68) S. o. § 12 III 2.

69) BVerfG 7, 95 (98).

70) BVerfG 60, 313 (317), 34, 157 (159) und 17, 265 (268); Zöller-Vollkommer, 13. Aufl., § 91 a Anm. II 7 d.

71) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 573 Anm. 2 C; E. Schneider, DRiZ 1978, 204.

Die Gegenmeinung⁷³ beruft sich auf § 571 ZPO. Nach dieser Vorschrift ist die Beschwerde vor Ablauf einer Woche dem Beschwerdegericht vorzulegen. Daraus ist aber nicht zu entnehmen, der Wille des Gesetzgebers sei dahin gegangen, es sei ohne vorherige Anhörung vorzulegen,⁷⁴ ganz abgesehen davon, daß dieser Wille - ebenso wie bei der Anhörung des Gegners im Verfahren vor dem Beschwerdegericht - durch die unmittelbare Geltung des Art. 103 I GG unbeachtlich geworden wäre. Das Gesetz will vielmehr vermeiden, daß die Beschwerde beim Erstrichter liegenbleibt; zur Verfahrensbeschleunigung soll sie vielmehr innerhalb kurzer Frist vorgelegt werden. Die Abhilfemöglichkeit soll damit aber nicht praktisch unmöglich gemacht werden.⁷⁵

Eine Ausnahme von der Notwendigkeit der Anhörung des Beschwerdegegners ergibt sich nur, wenn die Anhörung auch in erster Instanz nicht erforderlich oder sogar verboten war, wie beispielsweise dann, wenn das Vollstreckungsgericht dem Antrag auf Forderungspfändung nicht stattgegeben hat (vgl. § 834 ZPO) und der Gläubiger Beschwerde einlegt. Wird in solchen Fällen der Beschwerde stattgegeben, so heißt das nichts anderes, als wie wenn schon dem ursprünglichen Gesuch stattgegeben worden wäre.⁷⁶

Wird im Ausgangsverfahren der Rechtspfleger tätig, so gelten für das vorgeschaltete Erinnerungsverfahren dieselben Grundsätze. Eine Anhörung ist daher immer erforderlich, wenn zum Nachteil des Gegners des Erinnerungsführers entschieden werden soll oder wenn neue Tatsachen oder Beweisergebnisse vorgebracht werden.⁷⁷

72) Kunz, S. 231; Heck, S. 145 f.; Jansen, S. 23 (Fn. 54); Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 571 Anm. III; Rüping, S. 173; Seidel, S. 81; Ortlieb, S. 177; Kurth, S. 169; Müller, NJW 1960, 21; Stein-Jonas-Grunsky, 20. Aufl., § 571 Rdnr. 2; Jauernig, 19. Aufl., § 75 III; A. Blomeyer, ZPR, § 105 II 1.

73) Ulrich, NJW 1960, 709; Röhl, MDR 1955, 522.

74) So aber Ulrich, NJW 1960, 709.

75) Ebenso im Ergebnis Kunz, S. 233; gegen die Überbewertung dieser Frist auch Müller, NJW 1960, 710.

76) Kurth, S. 168; Jansen, S. 25; für § 834 auch Stehmann, S. 67 f.; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 834 Anm. 1; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 834 Anm.; Wieczorek, 2. Aufl., § 834 Anm. B; Zöller-Scherübl, § 834 Anm. Ob eine solche Anhörung wenigstens zulässig oder durch § 834 ZPO verboten ist, ist keine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern der Auslegung des § 834 ZPO.

b) Vorlageverfahren

Keine einheitliche Meinung hat sich bisher in der Frage gebildet, ob die Beteiligten rechtliches Gehör haben, wenn das zunächst mit der Sache befaßte Gericht die Sache einem übergeordneten Gericht oder dem Großen Senat vorlegen muß und dieser andere Spruchkörper die Rechtsfrage entscheidet.

In Betracht kommen im ordentlichen Zivilprozeß die Vorlage vom LG an das OLG in Mietsachen (Art. III 3. MietRÄndG), vom OLG an den BGH nach derselben Vorschrift und von einem Senat an den Großen Senat des BGH (§§ 136, 137 GVG), in Arbeitssachen die Vorlage von einem Senat an den Großen Senat des BAG (§ 45 ArbGG). Hingegen entscheidet der BGH in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Vorlage eines OLG nicht nur über die Rechtsfrage, sondern über das Rechtsmittel (§ 28 II FGG).

Wenig ergiebig ist es, zwischen einem Anspruch auf Anhörung zur Vorlage vor dem vorlegenden Gericht und vor der über die Vorlage entscheidenden Instanz zu unterscheiden.⁷⁸ Wenn ein solcher Anspruch besteht, dann ist es erforderlich, aber auch ausreichend, die Beteiligten im Vorlageverfahren einmal zu Wort kommen zu lassen; ob dies vor dem vorlegenden oder vor dem entscheidenden Gericht geschieht, ist, da keine mündliche Verhandlung vor letzterem stattfindet (§ 138 I GVG, Art. III 3. MietRÄndG III 4; § 45 III 3 ArbGG), ohne ausschlaggebende Bedeutung. Zu Rechtsfragen, die erst vor dem Großen Senat auftauchen, muß aber eine erneute Äußerungsgelegenheit gegeben werden, auch wenn das vorlegende Gericht schon zur Vorlage Gehör gewährt hat.

Die überwiegende Meinung leugnet allerdings, daß ein solcher Anspruch überhaupt bestehe, wobei betont wird, es handle sich um einen rein gerichtsinternen Vorgang, und es genüge daher, wenn die Parteien im Ausgangsverfahren zu Wort kämen.⁷⁹

77) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 104 Anm. 4 c a aa; Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 104 Rdnr. 36 (beide für das Kostenfestsetzungsverfahren); J. Arndt, § 10 RpfLG Rdnr. 45; Bassenge-Herbst, § 11 RpfLG Anm. 6 a. Auch in dieser Frage entschied die früher herrschende Meinung anders und nahm freigestellte Anhörung an: Hofmann-Kersting, § 10 RpfLG Anm. E b; Wieczorek, 1. Aufl., § 104 Anm. B III d; Stein-Jonas-Pohle, 18. Aufl., § 104 Anm. V 6; Baumbach-Lauterbach, 25. Aufl., § 104 Anm. 4 C.

78) So aber Heck, S. 143 f.

Das überzeugt nicht. Daß es sich nicht um einen gerichtsweginternen Vorgang handelt, wird hinlänglich dadurch dokumentiert, daß das vorlegende Gericht durch die ergehende Entscheidung in der Sache gebunden ist. Die Äußerungsmöglichkeit im Ausgangsverfahren besteht zwar auch zu der später vorgelegten Rechtsfrage; indessen ist es gerade die Vorlage, die den Parteien erst erkennbar macht, welche Bedeutung gerade diese Frage für den Ausgang des von ihnen geführten Prozesses hat. Das Verfahren vor dem Großen Senat ist nicht nur ein rein objektives Verfahren; die Äußerungsmöglichkeit darf den Beteiligten daher nicht abgeschnitten werden.

Zwar wird vor dem Großen Senat (bzw. den übrigen über die Rechtsfrage entscheidenden Spruchkörpern) nicht unmittelbarer Prozeßstoff verhandelt, sondern es werden verbindliche Rechtsanwendungs- und Auslegungsregeln festgestellt. Durch die Auswirkung in der Bindung des vorlegenden Gerichts kann aber die unmittelbar rechtsbeeinträchtigende Wirkung seiner Entscheidung nicht verneint werden.⁸⁰

In § 44 SGG ist eine Anhörung der Beteiligten ausdrücklich vorgeschrieben. Es wäre wünschenswert, daß der Gesetzgeber auch in den anderen Verfahrensordnungen eine solche obligatorische Anhörung vorsehen würde, um die Streitfrage gegenstandslos zu machen.

3. Geltung in der Zwangsvollstreckung

Zum gerichtlichen Verfahren, in dem der Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu beachten ist, gehört nach ganz überwiegender Auffassung auch der Bereich der Zwangsvollstreckung,⁸¹ und zwar unabhängig davon, ob (ausnahmsweise) der

79) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 87; ihm folgend: Kolb, S. 48; ähnlich: A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 2 b; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (145); Seidel, S. 92; Jagusch, NJW 1959, 265 (269); einschränkend aber in NJW 1962, 1645, 1647; Löwe-Rosenberg-Schäfer, § 138 GVG Rdnr. 3; wohl auch Rüping, S. 194 ff.; grundsätzlich auch Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 b und BGH 13, 265, die aber eine Ausnahme beim Auftauchen "neuer Rechtstatsachen" anerkennen wollen; Bedenken gegen diese Praxis bei Wieczorek, 2. Aufl., § 138 GVG Anm. B.

80) H. Müller, NJW 1957, 1016; Heck, S. 144; Krüger, DÖV 1962, 744; Ortlieb, S. 167 f. (für das Vorlegungsverfahren in Strafsachen nach §§ 120, 121 GVG, wo allerdings die Rechtsbeeinträchtigung noch augenfälliger ist, weil der BGH durch Verneinung von Divergenz dem OLG freie Hand geben, aber auch in der Sache selbst entscheiden kann).

81) Thomas-Putzo, 12. Aufl., vor § 704 Anm. VI 4; Vollkommer, Rpfleger 1982, I (7); J. Bernhardt, S. 91 ff.; Hamann, Art. 103 Anm. B 2 a; Habscheid, JR 1958, 361 (365); Stehmann, S. 8 f.; v. Münch-Rauball, Art. 103 Anm. 4; Kunz, S. 163; Rumpel, S. 110; a. A. Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 b und Löwe, S. 327 ff., weil es sich nicht um Rechtsprechung handle; einschränkend auch J. Blomeyer, S. 32 ff.

Richter oder, wie in der Regel (§ 20 Nr. 17 RPflG), der Rechtspfleger tätig wird; auch er ist "Gericht" im Sinne des Art. 103 I GG.⁸² Der Schuldner in der Zwangsvollstreckung wird aber nicht mit jedem Vorbringen gehört, da die Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache zu beachten ist; materielle Einwendungen, die durch die Rechtskraft präkludiert sind, sind hier unerheblich und daher vom Recht auf Äußerung nicht umfaßt.⁸³ Anders ist es mit Änderungen der Sach- und Rechtslage nach dem für die Rechtskraft maßgeblichen Zeitpunkt.⁸⁴ Die in der Zwangsvollstreckung zu treffenden Entscheidungen sind damit nur insoweit selbständig rechtsbeeinträchtigend, als sie über die Durchsetzung des vollstreckbaren Titels hinausgehen.

a) Klauselerteilung

Keine rechtsbeeinträchtigende Entscheidung in diesem Verständnis ist die Erteilung der Vollstreckungsklausel durch den Urkundsbeamten nach § 724 II ZPO. Zwar ist die Klausel Erfordernis der Zwangsvollstreckung, aber die Prüfung des Urkundsbeamten beschränkt sich darauf, ob ein wirksamer Antrag gestellt ist, ein Titel besteht und er einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Inhalt hat, alles Dinge, die ausschließlich in der Sphäre des Gläubigers liegen und zu denen der Schuldner daher nicht gehört zu werden braucht.⁸⁵

Anders ist es hingegen mit den Ermessensvorschriften der §§ 727, 733 ZPO, wenn eine Klausel gegen einen Dritten oder eine weitere vollstreckbare Ausfertigung beantragt wird. Die Einschaltung des Rechtspflegers ist hier Symptom für die Erwartung des Gesetzgebers, der Fall erfordere rechtliche Überlegungen, zu denen auch der Schuldner typischerweise etwas beitragen kann. Hier ist wegen Art. 103 I GG von obligatorischer Anhörung auszugehen; die Ermessensentscheidung hat sich in eine gebundene Entscheidung umgewandelt.⁸⁶

82) Vollkommer, Rpfleger 1982, 1 (7); Bassenge-Herbst, § 11 RpfG Anm. 5; Stehmann, S. 9.

83) BVerfG 6, 300 (305); Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146); Stehmann, S. 83 f.; Rumpel, S. 16 f.

84) BVerwG, MDR 1958, 625; Hamann, AnwBl. 1958, 141 /146).

85) Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 730 Anm.; Stein-Jonas-Münzberg, 19. Aufl., § 724 Anm. II 2; Wieczorek, 2. Aufl., § 724 Anm. B II b; a. A. Stehmann, S. 51 f. - Daher ist auch Art. 34 EuGÜbk mit Art. 103 I GG vereinbar, vgl. Arnold, AWD 1972, 389 (390).

86) Sieg, ZJP 66, 23 (31); Stehmann, S. 52 ff.; a. A. Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 730 Anm., § 733 Anm. 2 b (Ermessen).

b) Pfändungsvorschriften

Während im Regelfall die Pfändung von Sachen und Forderungen keine eigenständige Rechtsbeeinträchtigung darstellt und daher rechtliches Gehör nicht erforderlich oder - im Fall des § 834 ZPO - sogar verboten ist, erscheint bei der Anwendung spezieller Vorschriften eine Rechtsbeeinträchtigung möglich, weswegen Gehör zu gewähren ist. So erfordert die Austauschpfändung (§ 811a ZPO) eine Abwägung der beiderseitigen Interessen, die ohne Gehörgewährung nur unvollkommen möglich wäre,⁸⁷ ebenso die ausnahmsweise Pfändung bedingt unpfändbarer Bezüge (§ 850b ZPO).⁸⁸ In beiden Fällen ist die Anhörung des Schuldners obligatorisch, da ihm eine über die Vollstreckung als solche hinausgehende Rechtsbeeinträchtigung droht.

c) Verwertungsbestimmungen

Eine ähnliche Situation ergibt sich, wenn die Verwertung einer gepfändeten Sache oder Forderung in anderer als der gesetzlich vorgeschriebenen Weise erfolgen soll (§§ 825, 844 ZPO). Während in § 844 II ZPO die Gewährung von Gehör als obligatorisch vorgeschrieben ist, fehlt in § 825 ZPO eine entsprechende Bestimmung; auch hier ist freilich eine potentielle Rechtsbeeinträchtigung durch die besondere Verwertungsart anzunehmen und daher ein Anhörungsrecht unmittelbar aus Art. 103 I GG gegeben.⁸⁹

d) Einstellung der Zwangsvollstreckung

Die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung (§ 707 ZPO) stellt umgekehrt eine den Gläubiger beeinträchtigende Entscheidung dar. Sie darf daher nur nach seiner Anhörung erfolgen.⁹⁰ Für Eilfälle gilt die allgemeine Regel,

87) Stehmann, S. 56 f.

88) Stehmann, S. 68 f.; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 850b Anm. 6 B; a. A. (Ermessen): Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 850b Anm. 1 c; Wieczorek, 2. Aufl., § 850b Anm. A IV a.

89) Zöller-Scherübl, 13. Aufl., § 825 Anm. II 1; Stehmann, S. 59 f.; Pentz, JR 1967, 85 (86); Kurth, S. 178 f.; a. A. LG Braunschweig, MDR 1955, 748, das die Anhörung nur für ratsam hält. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 825 Anm. 2 A und Wagemann, NJW 1953, 1012 (1013) meinen, es sei "in aller Regel" anzuhören.

90) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 707 Anm. 3 A; E. Schneider, MDR 1973, 356 (357).

daß eine vorläufige Einstellung möglich ist, aber dem Gläubiger unverzüglich nachträglich Gehör gewährt werden muß.⁹¹ Erst recht setzt die einstweilige Einstellung im Fall des § 765 a ZPO vorheriges Gehör der Beteiligten voraus; das Wesen dieser schwerwiegenden Entscheidung, die eine gründliche Abwägung der Interessen beider Parteien fordert, macht eine beiderseitige Anhörung unentbehrlich.⁹²

91) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 707 Anm. 3 G; E. Schneider, MDR 1973, 356 (357); OLG Celle, MDR 1970, 243; s. auch u. § 15 II.

92) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 765a Anm. 3 A; Zöller-Scherübl, 13. Aufl., § 765a Anm. VI 1; Kurth, S. 177; Stehmann, S. 79 ff,

§ 14. Rechtliches Gehör in besonderen Verfahrensarten

Da rechtliches Gehör in allen Verfahrensarten zu gewähren ist, beansprucht der Grundsatz auch in den besonderen Prozeßarten Gültigkeit. Nicht seine Geltung in diesen Verfahren bedarf besonderer Begründung, vielmehr müssen tatsächliche und scheinbare Einschränkungen des Grundsatzes eigens gerechtfertigt werden.

I. Besondere Arten des Erkenntnisverfahrens

Im Erkenntnisverfahren sind unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs besonders das Mahnverfahren, das Versäumnisverfahren, die Entscheidung nach Lage der Akten und das Entmündigungsverfahren von Interesse.

1. Das Mahnverfahren

Auch im Mahnverfahren gilt, obwohl es in vollem Umfang dem Rechtspfleger übertragen ist (§ 20 I Nr. 1 RpfLG),¹ der Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Dennoch ist die Tatsache, daß der Mahnbescheid zur Beschleunigung des Verfahrens ohne vorheriges Gehör des Antragsgegners erlassen wird, kein Verstoß gegen den Grundsatz.² Durch den Mahnbescheid ergeht lediglich die Aufforderung, zu zahlen oder Widerspruch einzulegen und sich dadurch Gehör zu verschaffen. Der Mahnbescheid ist daher keine rechtsbeeinträchtigende Entscheidung, vor der Gehör zu gewähren wäre. Erst der Vollstreckungsbescheid ist rechtsbeeinträchtigend; sein Erlaß ist aber bei (rechtzeitigem) Widerspruch ausgeschlossen (§ 699 I 1 ZPO).

2. Das Versäumnisverfahren

Problematischer unter dem Gesichtspunkt der Gewährung rechtlichen Gehörs scheint das Versäumnisverfahren zu sein, da hier eine wegen ihrer vorläufigen

1) S. o. § 13 III 3 (bei Fn. 82); anders nur Rumpe, S. 109.

2) A. Blomeyer, ZPR, § 16 III; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Kurth, S. 117, 205; Prager, AcP 133, 143 (177); Arens, Rdnr. 36; Zöller-Vollkommer, 13. Aufl., § 702 Anm. II; Heck, S. 140; Lesser, DRiZ 1960, 420 (421); Röhl, NJW 1953, 1531 (1533); Graf, S. 37; Schwartz, S. 85; Hamann, Art. 103 Anm. B 2 a; Löwe, S. 384.

Vollstreckbarkeit rechtsbeeinträchtigende Entscheidung ohne vorheriges Gehör des Gegners ergeht. Wenn allerdings die Voraussetzungen des § 335 ZPO tatsächlich vorliegen, hat die säumige Partei eine Gelegenheit zur Äußerung gehabt, sie aber durch ihre Säumnis ungenutzt verstreichen lassen. Da das rechtliche Gehör nicht fordert, daß sich die Beteiligten tatsächlich geäußert haben,³ ist das Versäumnisverfahren keine Beschränkung des rechtlichen Gehörs,⁴ umgekehrt ist ein entgegen § 335 ZPO erlassenes Versäumnisurteil eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.⁵

Der Grundsatz, daß eine Partei durch ein Versäumnisurteil nicht überrascht werden darf, ohne daß sie vorher eine Äußerungsgelegenheit hatte, ist auch bei der durch die Vereinfachungsnovelle neugeschaffenen Möglichkeit eines Versäumnisurteils im schriftlichen Vorverfahren zu beachten. Hat der Kläger daher den Antrag auf ein solches Versäumnisurteil nicht schon in der Klageschrift gestellt, dann muß dem Beklagten, der die Anzeige seiner Verteidigungsabsicht (276 I 1 ZPO) unterlassen hat, der später gestellte Antrag mitgeteilt werden, ehe ein Versäumnisurteil erlassen werden kann.⁶

Bedenken bestanden bis zur Vereinfachungsnovelle gegen § 337 ZPO, der die Vertagung der Verhandlung über den Antrag auf Versäumnisurteil in das Ermessen des Gerichts stellte, wenn es eine Partei als ohne ihr Verschulden verhindert ansah oder die Einlassungsfrist für zu kurz hielt. In diesen Fällen hatte der Säumige nach Auffassung des Gerichts keine Äußerungsmöglichkeit versäumt, es darf daher keine seine Rechtssphäre beeinträchtigende Entscheidung ergehen. Da die Rechtsfolge des § 337 ZPO somit eine gesetzliche Regelung der Korrektur nicht ausreichender Gewährung rechtlichen Gehörs ist, war das dem Richter eingeräumte Ermessen mit Art. 103 I GG nicht vereinbar.⁸ Dem hat die Vereinfachungsnovelle mit der Umgestaltung der Vorschrift von einer Kann- zu einer Mußbestimmung Rechnung getragen.⁹

3) S. o. § 7 VI 1.

4) A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 3; Jauernig, 19. Aufl., §§ 29 II, 66 I; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 52; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; Nikisch, § 50 III 1; Jacobi, S. 98; Löwe, S. 373; Baur, AcP 153, 393 (408); Kurth, S. 115; Grunsky, § 25 III 1; Jünemann, S. 42; Linke, S. 118; Röhl, NJW 1953, 1531 (1533); Amüller, S. 20; ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 100 und für die EMRK: Pieck, S. 103 f.; BVerfG 36, 298 (301) kritisch Rumpel, S. 104; a. A. Prager, AcP 133, 143 (177) und für das französische Recht Vincent, no. 390, die das Versäumnisverfahren als Einschränkung des Gehörsanspruchs ansehen.

5) Arens, Rdnr. 373.

6) Geffert, NJW 1978, 1418.

7) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368).

Die Möglichkeit, gegen ein Versäumnisurteil Einspruch einlegen zu können (§ 338 ZPO), ist, wenn ein Versäumnisurteil ohne verschuldete Säumnis ergangen ist, das einzige Mittel, im Verfahren noch zu Wort zu kommen und daher ein Gebot des rechtlichen Gehörs.¹⁰

Da es gegen ein technisch zweites Versäumnisurteil keinen Einspruch mehr gibt (§ 345 ZPO), muß § 513 II 1 ZPO dahin ausgelegt werden, daß die Berufung nicht nur bei fehlender, sondern auch bei unverschuldeter Säumnis bei Erlaß des zweiten Versäumnisurteils statthaft ist.^{10a} Dagegen dürfte es kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör sein, daß fehlende Säumnis beim Erlaß des ersten Versäumnisurteil nur durch den Einspruch gegen dieses, nicht aber mittels Berufung gegen das zweite Versäumnisurteil geltendgemacht werden kann,^{10b} mag auch vieles für die Gegenmeinung^{10c} sprechen.

Auch § 335 II ZPO ist ein Gebot des Gehörsgrundsatzes. Wird nämlich bei Säumnis einer Partei abredgemäß kein Versäumnisurteil beantragt, sondern vertagt, so brauchte wegen § 218 ZPO die säumige Partei an sich nicht geladen zu werden, würde dann aber kein Gehör erhalten, da sie von dem neuen Termin nichts erfährt.¹¹

3. Entscheidung nach Aktenlage

Unbedenklich unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs ist die Möglichkeit, daß das Gericht bei Säumnis einer oder beider Parteien nach Lage der Akten entscheiden kann (§§ 251a, 331a ZPO). Die Entscheidungsreife für dieses kontradiktorische Urteil ist nur zu bejahen, wenn den Parteien zuvor in ausreichendem Umfang Gelegenheit zur Äußerung gegeben wurde.¹²

4. Entmündigungsverfahren

Im Entmündigungsverfahren hat der Grundsatz des rechtlichen Gehörs wegen der existentiellen Bedeutung dieses Verfahrens für den Antragsgegner besonderen Stellenwert. Insbesondere ist zu fordern, daß ihm eine effektive Äußerungsmöglichkeit offenstet, die der Bedeutung der Sache für seine Rechtsstellung Rechnung trägt; vor allem muß er auch das Recht haben, bei Beweisaufnahmen anwesend zu sein.¹³

8) Ortlieb, S. 73; LAG Düsseldorf, NJW 1962, 365.

9) Diese Forderung erhob bereits D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368).

10) Schwartz, S. 28; BVerfG 36, 298 (302).

10a) Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 513 Anm. 2 b; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 136 I 1; Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 513 Anm. III 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 513 Anm. 2; a. A. OLG Frankfurt, RsprÖLG 25, 131.

10b) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 136 I 1; BAG, AP § 513 ZPO Nr. 6.

10c) Vollkommer, Anm. zu BAG, AP § 513 ZPO Nr. 6.

11) Vgl. zur Rechtslage nach der CPO: Pfizer, ZZP 23, 434 f.

12) Nikisch, § 77 II 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 251a Anm. 3 C; Sauerländer, LZ 1924, 222 (226 f.); Kurth, S. 157; de Boor, S. 60 ff.

a) Rechtliches Gehör vor Verfahrenseinleitung?

Das Entmündigungsverfahren beginnt mit der Einleitung des Verfahrens (§ 648 I ZPO), die insbesondere das Vorliegen eines wirksamen Entmündigungsantrags und die Zuständigkeit des Gerichts voraussetzt. Am wirkungsvollsten wäre der Rechtsschutz naturgemäß, wenn sich der Antragsgegner bereits vor der Einleitung des Verfahrens zur Wehr setzen oder doch gegen die erfolgte Einleitung ein Rechtsmittel einlegen könnte. Indessen liegt in der Verfahrenseinleitung noch keine Rechtsbeeinträchtigung, sondern es handelt sich um eine dem Eintritt der Rechtshängigkeit vergleichbare formelle Entscheidung, die auch das Ergebnis der Untersuchung nicht präjudiziert. Vor der Einleitung des Entmündigungsverfahrens schützt das rechtliche Gehör daher ebensowenig wie vor anderen unangenehmen Klagen, die gegen einen Bürger angestrengt werden können.¹⁴

b) Rechtliches Gehör vor der Anordnung der Begutachtung

Auf die Einleitung des Verfahrens folgt die Ermittlung des Sachverhalts, deren Kernstück die Untersuchung des Antragsgegners auf seinen Geisteszustand darstellt. Auch hier wäre nach den allgemeinen Grundsätzen über das rechtliche Gehör im Beweisrecht¹⁵ vorheriges Gehör der Beteiligten entbehrlich, weil sie die Möglichkeit haben, sich nach der Beweisaufnahme zum Beweisergebnis zu äußern. Indessen ist das Dulden einer Untersuchung auf den Geisteszustand ein so schwerer Eingriff in die Persönlichkeitssphäre, daß der Antragsgegner schon vor der Begutachtung zu Gehör kommen muß, um geltendmachen zu können, dieser Begutachtung bedürfe es nicht, weil der Entmündigungsantrag schon nach dem bisherigen Sachstand keinen Erfolg haben könne.¹⁶

13) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 171 I 2 e; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 653 Anm. 2 C; Stein-Jonas-Schlosser, 20. Aufl., § 653 Rdnr. 5; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 653 Anm. Die Gegenmeinung (RG 81, 193) ist mit dem rechtlichen Gehör unvereinbar.

14) Zöller-Philippi, 13. Aufl., vor § 645 Anm. II 4; § 647 Anm. III 2; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 650 Anm. 1 c; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 171 I 2 e; Waldner, NJW 1982, 316 (317 f.).

15) S. o. § 11 III 2.

16) Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Frage des Geisteszustands deshalb dahingestellt bleiben kann, weil der Antragsgegner jedenfalls in der Lage ist, seine Angelegenheiten zu besorgen (vgl. § 6 I Nr. 1 BGB). In diesem Fall kann die Entmündigung ohne Zuziehung eines Gutachters abgelehnt werden, so mit Recht LG Düsseldorf, MDR 1977, 490 gegen OLG Celle, FamRZ 1958, 341.

Die effektive Gewährung rechtlichen Gehörs dürfte sogar fordern, daß der Antragsteller nicht nur vor dem AG zu Gehör kommen muß, sondern gegen die Anordnung der Begutachtung entsprechend §§ 372a, 387 III ZPO sofortige Beschwerde einlegen kann.¹⁷ Das effektive rechtliche Gehör käme nämlich zu spät, wenn ein Rechtsmittel erst gegen die erfolgte Entmündigung gegeben wäre.

c) Recht auf mündliche Verhandlung

Zur Beurteilung der Voraussetzungen für die Entmündigung ist es unabdingbar, in Gegenwart des Antragsgegners und nach mündlicher Verhandlung zu entscheiden. Für die Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesstörung ist dies ausdrücklich im einfachen Prozeßrecht vorgeschrieben (§ 654 I ZPO). Vor einer Entmündigung wegen Verschwendung, Trunksucht oder Rauschgiftsucht ist dies nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht erforderlich (§ 680 III ZPO). Dennoch sollte nicht zweifelhaft sein, daß nur die persönliche Anhörung des Antragsgegners auch hier die angemessene Form der Gewährung des Äußerungsrechts ist.¹⁸

II. Summarische Verfahren

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gilt auch bei den einstweiligen oder vorläufigen Maßnahmen zur Sicherung öffentlicher oder privater Rechte; auch sie sind Akte der Rechtsprechung und nicht etwa Verwaltungsakten vergleichbar. Die Einschaltung der Gerichte soll nämlich gerade die Garantien des gerichtlichen Verfahrens gewährleisten. Diese Ansicht kann heute im Anschluß an die Rechtsprechung des BVerfG als allgemein anerkannt gelten.¹⁹

17) Waldner, NJW 1982, 316 (318); a. A. KG, MDR 1981, 325; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 653 Anm. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 655 Anm. 1 lassen zumindest die Beschwerde gegen die Durchführung der Begutachtung zu.

18) Schönke-Kuchinke, § 85 VI.

19) BVerfG 9, 89 (97); Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146); Schorn, Menschenwürde, S. 76; ebenso bereits Renaud, S. 198; a. A. Löwe, S. 331 ff.

1. Zulässigkeit von Entscheidungen ohne vorheriges Gehör

Dennoch ist die Zulässigkeit von Entscheidungen im Verfahren über Arrest und einstweilige Verfügung, die ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners ergehen, unbestritten. Die Sicherung der gefährdeten Interessen kann hier einen sofortigen Zugriff erforderlich machen, der nicht nur eine vorherige vollständige Aufklärung des Sachverhalts nicht zuläßt, sondern auch eine vorherige Anhörung des Betroffenen ausschließt, um ihn nicht zu warnen. Dieser Ausschluß des Äußerungsrechts muß allerdings unabweisbar sein, um den Erfolg der zu treffenden Entscheidung nicht zu gefährden. Ferner muß der Betroffene die Möglichkeit haben, sich nachträglich gegen die getroffene Entscheidung zu wehren. In solchen Fällen wird durch die Eilbedürftigkeit der Maßnahme die erst nachträgliche Anhörung des Betroffenen gerechtfertigt.²⁰

Die Verkürzung des rechtlichen Gehörs darf dabei nicht weiter gehen als unbedingt nötig.²¹ Hält das Gericht beispielsweise die Glaubhaftmachung des Arrestantragstellers (§ 920 II ZPO) nicht für ausreichend, so kann es entweder den Arrest gegen Sicherheitsleistung anordnen (§ 921 II ZPO) oder den Gegner anhören. Unzulässig wäre es dagegen, den Arrest ohne Anhörung anzuordnen und dem Antragsteller die Nachbringung aufzugeben. Andernfalls würde der Antragsgegner ohne Gehör bleiben, obwohl weder ein Arrestgrund glaubhaft gemacht

20) BVerfG 7, 95 (99); 9, 89 (98); 18, 399 (404); 57, 346 (359); BayVerfGH 23, 143 (148); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 VI; Arens, Rdnr. 36; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 c dd; Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A II 1; Kurth, S. 173, 205; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 46; Schönke-Kuchinke, § 8 III 2; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (369); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 c; A. Blomeyer, ZPR, § 16 III 1; W. Bernhardt, § 23 IV; Grunsky, § 25 III 1; Arndt, NJW 1959, 6; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); Jünemann, S. 31; Prager, AcP 133, 143 (177); Kenneweg, S. 119 f.; Goeckel, S. 78; Grünewald, S. 56; Rumpel, S. 13; Heilfron-Pick, S. 456; Kunz, S. 165; Leonhard, Rpfleger 1964, 37 (38); Henkel, S. 247 f.; Habscheid, JR 1958, 361 (365); J. Bernhardt, S. 70; Lorenz, S. 240 (Fn. 77); Röhl, NJW 1953, 1531 (1533) und NJW 1958, 1268 (1271); Graf, S. 35; Schorn, Menschenwürde, S. 71; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1033); Kopp, AöR 106, 604 (630); Behrendt, S. 16 f.; für die freiwillige Gerichtsbarkeit: OLG Köln, NJW 1956, 1925 (1926); BayObLG 1958, 257 (259); 70, 277; 71, 217 (220); Jansen, S. 24 f.; Keidel, S. 191; Säcker, Rpfleger 1971, 161 (164); Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 82; ebenso für die EMRK: Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 64; für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 113 f.; Guldener, ZPR, S. 176; BG 87, 100 (109); Sträuli-Messmer, § 56 Rdnr. 4. S. auch schon Erler, S. 150: Contra ... inauditam partem non est sententia diffinitiva ferenda ...

21) Stehmann, S. 29; Jansen, S. 25; Rausche, S. 49; Hohenester, DRiZ 1959, 213 (214); für das Verfahren nach § 80 V VwGO: Krüger, DÖV 1962, 744 (745).

noch eine Sicherheit für den Fall geleistet ist, daß ein Arrestgrund nicht besteht.²² Die Entscheidung ohne vorheriges Gehör ist ein "geduldeter Kompromiß",²³ der in jedem einzelnen Fall eine sorgfältige Prüfung erfordert, ob die Einschränkung des Gehörsrechts gerechtfertigt ist.^{23a}

Dem entspricht es, daß im griechischen Recht die Vollstreckbarkeit der Zahlungsbefehle trotz Einlegung eines Widerspruchs (Art. 631, 632 II griechZPO) deshalb für bedenklich gehalten wird, weil die Möglichkeiten der Sicherungsvollstreckung ausreichend seien.

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs wird durch diese einstweiligen Regelungen nicht in Frage gestellt. Dem Gegner wird das rechtliche Gehör nämlich nicht endgültig verweigert; es wird nur auf einen späteren Zeitpunkt verschoben.²⁴

Teilweise wird demgegenüber behauptet, es handele sich um echte Ausnahmen vom Grundsatz des rechtlichen Gehörs. "Gehör" sei nämlich immer auf eine bestimmte Entscheidung bezogen; nachträgliches Gehör daher ein Widerspruch in sich. Der schnelle Zugriff rechtfertige sich aber aus dem überwiegenden Rechtschutzinteresse des Gegners.²⁵

Das ist konsequent, wenn man die individualrechtliche Wurzel des rechtlichen Gehörs ablehnt. Dagegen dürfte diese Konstruktion versagen, wenn man von der Verwurzelung des rechtlichen Gehörs in der Würde des Menschen²⁶ ausgeht.²⁷ Eine Abwägung des so verstandenen Äußerungsrechts mit dem Interesse des Gegners an der Sicherung seiner Rechte ist nicht möglich; letztlich würden sich auch die Inquisitoren der Hexenprozesse darauf berufen haben, hier den Konflikt zwischen rechtlichem Gehör und raschestmöglicher Vernichtung der Hexe im öffentlichen Interesse zu Gunsten des letzteren Ziels entschieden zu haben.

Entscheidend ist vielmehr der Gesichtspunkt, daß die summarischen Verfahren keine endgültige Regelung enthalten, daß durch die in ihnen ergehenden Entscheidungen noch nichts Endgültiges "passiert" ist, sondern eine der Rechtssphäre drohende Beeinträchtigung durch die nachträgliche Anhörung noch abgewendet werden kann.

22) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (369 f.).

23) v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (852).

23a) Die Höhe der Anforderungen hängt dabei auch von der Schwere des Eingriffs ab. Daher darf ein persönlicher Sicherheitsarrest nur ganz ausnahmsweise ohne vorheriges Gehör angeordnet werden (so mit Recht Ritter, ZJP 78, 126, 166).

24) A. Blomeyer, ZPR, § 16 III 1; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 46; Kurth, S. 174; Hamann, Art. 103 Anm. B 2 a und AnwBl. 1958, 141 (146); Prager, AcP 133, 143 (172); Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 90 BVerfGG Rdnr. 66; Tschira-Schmitt Glaeser, S. 293; Henkel, S. 248; Aumüller, S. 26; Runsky, § 25 III 1; BayVerfGH 23, 143 (148 f.); für die freiwillige Gerichtsbarkeit Keidel, S. 194; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 82a; für das schweizerische Recht Reinhardt, S. 103; kritisch zu dieser Argumentation Löwe, S. 54 ff.

25) So Schwartz, S. 17, 86; Rüping, S. 128 f.; Jünemann, S. 47; Stehmann, S. 28.

26) S. o. § 3 III 1.

27) Anders Rüping, S. 129.

Dieser Gedanke muß auch die Richtschnur dafür sein, welche Maßnahmen ohne rechtliches Gehör vorgenommen werden dürfen und wie das Verfahren ausgestaltet sein muß. Da dem Antragsgegner durch die zulässige Versagung vorgängigen rechtlichen Gehörs kein Schaden entstehen darf, ist das dem Richter in § 921 II 2 ZPO eingeräumte Ermessen bei der Anordnung einer Sicherheitsleistung bedenklich: Grundsätzlich fordert das rechtliche Gehör, daß der Arrest nur gegen Sicherheitsleistung angeordnet werden darf, wenn und soweit dem Antragsgegner ein Schaden daraus entstehen kann, daß sich die Anordnung nachträglich möglicherweise als nicht gerechtfertigt herausstellt.

Neben Arrest und einstweiliger Verfügung gehören zu den hiernach möglichen einstweiligen Maßnahmen auch die einstweiligen Anordnungen nach § 620a ZPO, die bei besonderer Eilbedürftigkeit ohne vorheriges Gehör des Gegners ergehen dürfen; das Gehör ist in diesem Fall unverzüglich nachzuholen. Die Rechtfertigung ist darin zu sehen, daß wegen der Möglichkeit jederzeitiger Abänderung (§ 620b ZPO) keine endgültige Beeinträchtigung vorliegt.²⁸

2. Notwendigkeit einer Rechtsbehelfsbelehrung

Will der Antragsgegner nach einer einstweiligen Maßnahme zu Gehör kommen, so muß er von den ihm zustehenden Rechtsbehelfen Gebrauch machen. Legt er gegen den Arrestbeschluß oder die einstweilige Verfügung keinen Widerspruch ein (§§ 924, 936 ZPO), so bleibt er endgültig ohne rechtliches Gehör. Anders als im ordentlichen Erkenntnisverfahren, wo der Gegner durch Ladung zur mündlichen Verhandlung aufgefordert wird, sich Gehör zu verschaffen, fehlt es hier an einer vom Gericht angebotenen Äußerungsmöglichkeit. Der Anspruch auf rechtliches Gehör fordert daher, daß einer einstweiligen Entscheidung eine Rechtsmittelbelehrung beigelegt wird, aus der sich ergibt, wie sich der vorläufig Übergangene Gehör verschaffen kann.²⁹

Für Entscheidungen im ordentlichen Prozeßverfahren bedarf es einer Rechtsmittelbelehrung dagegen nicht. Hier ist der Beteiligte bereits zu Wort gekommen. Sich weiteres Gehör in neuer Instanz zu verschaffen, muß seiner Privatinitiative überlassen werden.

III. Überraschungsmaßnahmen in der Zwangsvollstreckung

1. Allgemeines

Während bei den summarischen Verfahren die Eilbedürftigkeit der Maßnahme die vorherige Anhörung des Gegners hindert und die Absicht, durch Unterlassung

²⁸⁾ Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 620a Anm. 3 B a; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 620a Anm. 1 c; Zöller-Philippi, 13. Aufl. § 620a Anm. V 2; Stein-Jonas-Schlosser, 20. Aufl., § 620a Rdnr. 7.

der Gehörs-gewährung ihn nicht zu warnen, allenfalls ergänzend hinzutritt, gibt es in der Zwangsvollstreckung Maßnahmen, bei denen die vorherige Anhörung des Gegners deshalb ausgeschlossen ist, weil zu befürchten ist, daß er die Maßnahme bei vorheriger Anhörung vereiteln werde. Hier gilt dasselbe wie für die summarischen Verfahren: Die Überraschungswirkung ist nur dann zulässig, wenn der Betroffene sich nachträglich wehren kann und ihm durch die Maßnahme ohne vorherige Anhörung kein bleibender Nachteil entstehen kann.³⁰

Ob der Zweck der Maßnahme die vorherige Anhörung verbietet, läßt sich nicht abstrakt sagen; vielmehr muß im Einzelfall die Gefährdung des Vollstreckungserfolgs bestehen,³¹ was unter Abwägung aller Umstände geprüft werden muß.

Die Bedeutung, die das BVerfG dieser Abwägung beimißt, ergibt sich insbesondere daraus, daß es für sich die Prüfungskompetenz in Anspruch nimmt, ob der Richter sein Ermessen willkürlich ausgeübt, nämlich die Bedeutung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs verkannt hat, oder ob er sich von unsachlichen Erwägungen hat leiten lassen.³²

2. Einzelfälle

Das bedeutet, daß in den folgenden Fällen überraschende Maßnahmen nicht schon deswegen ohne vorherige Anhörung ergehen können, weil abstrakt die Möglichkeit besteht, daß ihr Zweck vereitelt werden könnte; vielmehr muß in jedem Einzelfall geprüft werden, ob eine solche Gefahr tatsächlich besteht.

a) Forderungspfändung

Im Fall der Forderungspfändung ist diese Gefahr freilich so typisch, daß das Gesetz die vorherige Anhörung des Schuldners allgemein verbietet (§ 834 ZPO).

29) Vgl. auch Kunz, S. 166 ff.

30) BVerfG 7, 95 (99); 9, 89 (98); 57, 346 (359); BayVerfGH 32, 153 (155); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 46; Behrendt, S. 16 f.; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 c dd; Goeckel, S. 77; Kunz, S. 163 (Fn. 2); Rumpel, S. 50; für die freiwillige Gerichtsbarkeit: Keidel, S. 191; Jansen, S. 24; für den Strafprozeß: Seidel, S. 32; Eb. Schmidt, I Rdnr. 341.

Diese Vorschrift wird allgemein für verfassungsgemäß gehalten.³³ Richtigerweise bedarf sie aber einer Einschränkung für die (seltenen) Fälle, wo eine Vereitelung ihres Zwecks durch die vorherige Anhörung des Schuldners nicht zu befürchten ist.

b) Richterliche Durchsuchungsanordnung

Nach der Rechtsprechung des BVerfG bedarf die Durchsuchung der Wohnung durch den Gerichtsvollzieher (§ 758 ZPO) richterlicher Anordnung, die nicht schon in der Anweisung zur Durchführung der Zwangsvollstreckung liege.³⁴ Vor Erlass dieser Anordnung ist eine Anhörung des Schuldners entbehrlich.³⁵ Sie enthält nämlich keine über die Durchführung der Zwangsvollstreckung als solche hinausgehende Rechtsbeeinträchtigung.³⁶

c) Vollstreckung zur Nachtzeit und an Feiertagen

Ähnlich ist es mit der Erteilung der Erlaubnis zur Vornahme von Vollstreckungshandlungen zur Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen (§ 761 I ZPO). Hier hat der Schuldner die Zwangsvollstreckung zu den üblichen Zeiten zu vereiteln gewußt; würde er vorher angehört, so hätte er es in der Hand, sie auch zur Nachtzeit zu verhindern. Auch hier "passiert" noch nichts Endgültiges. Der Schuldner, gegen den eine solche Anordnung ermessensfehlerhaft ergangen ist, kann diese anfechten und ihre Überprüfung erreichen.³⁷

31) Behrendt, S. 17; Seidel, S. 34. Ähnlich Schönke-Kuchinke, § 8 III 1: es kämen nur Fälle in Betracht, in denen andernfalls die Rechtsschutzaufgabe des Staates nicht mehr erfüllt werden könnte.

32) BVerfG 9, 89 (108); 57, 346 (360).

33) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 834 Anm. 1; Zöller-Scherübl, 13. Aufl., § 834 Anm.; Baur, AcP 153, 393 (404) und Schönke-Baur, § 5 II 1 b; Kurth, S. 61; Stehmann, S. 62 f.; Arens, RdNr. 503 und 642; Kunz, S. 163; Rumpel, S. 112.

34) BVerfG 51, 97 mit Nachweisen zur früher herrschenden Gegenmeinung.

35) LG Zweibrücken, MDR 1980, 62.

36) A. A. BVerfG 57, 346 (358 f.) und Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 758 Anm. 2 c: wegen des Eingriffs in Art. 13 GG sei Anhörung grundsätzlich erforderlich.

IV. Schiedsgerichtliches Verfahren

Im schiedsgerichtlichen Verfahren gilt Art. 103 I GG nicht als Verfassungsnorm, da sich der Anspruch ausschließlich gegen den Staat richtet. Dennoch ist die Gewährung rechtlichen Gehörs auch vor den Schiedsgerichten vorgeschrieben und kann nicht abbedungen werden (§§ 1034 I, 1041 I Nr. 4, II ZPO). Die Anforderungen an die Schiedsgerichte decken sich dabei in jeder Hinsicht mit denen, die an die staatlichen Gerichte zu stellen sind.³⁸

Demgegenüber wurde früher die Ansicht vertreten, an die Schiedsgerichte seien geringere Anforderungen zu stellen.³⁹ Indessen beweist die Tatsache, daß es sich hier um den einzigen Grundsatz über die Gestaltung des Schiedsverfahrens handelt, der die Aufhebung durch das staatliche Gericht rechtfertigt, das Gewicht des Grundsatzes, der daher auch im Schiedsverfahren keiner Einschränkung zugänglich ist.⁴⁰

Die unbeschränkte Geltung des Gehörsgrundsatzes im Schiedsverfahren ergibt sich auch daraus, daß die Schiedsrichter an die Stelle der staatlichen Gerichte treten. Daraus ergibt sich gleichzeitig, daß der Schiedsgutachter, der nicht Richter ist, sondern nur ein Element eines streitigen Rechtsverhältnisses verbindlich festzustellen hat, an den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht gebunden ist. Ebenso, wie es den Parteien unbenommen ist, einen Beweismitteilvertrag zu schließen, durch den sie ihr Recht, zu einer bestimmten Frage

37) Stein-Jonas-Münzberg, 20. Aufl., § 761 Rdnr. 2; Stehmann, S. 48; OLG Stuttgart, NJW 1970, 1329. Ob hier Erinnerung gegeben ist (so Stehmann und OLG Stuttgart aaO, ferner Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 761 Anm. 2 A) oder die sofortige Beschwerde (so Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 761 Anm. 2 d; Stein-Jonas-Münzberg, 20. Aufl., § 761 Rdnr. 3) nach § 793 ZPO, ist nach der hier vertretenen Meinung (s. o. § 7 V 1 b) unerheblich. Unhaltbar ist jedoch die Meinung von Wieczorek, 2. Aufl., § 761 Anm. B II (ebenso früher Stein-Jonas-Münzberg, 19. Aufl., § 761 Anm. I), die Bewilligung sei für den Schuldner unanfechtbar; dann würde ihm nämlich das rechtliche Gehör endgültig versagt.

38) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 176 I 1 a und Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 99; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 1034 Anm. 1; Habscheid, ZZP 79, 452 (453); Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 a aa; Graf, S. 45 ff., 50; Kurth, S. 191; Nikisch, § 145 I 3; BGH 85, 288 (291), 3, 215 (218) und 31, 43; vgl. auch Riehle, NJW 1950, 853 (855).

39) RG, JW 1905, 157 und 1910, 70; vgl. auch RG, LZ 1907, 752 und RG 47, 424 (426) und 112, 313 (316).

40) Vgl. auch Baur, AcP 153, 393 /402).

Beweise anzubieten, ausschließen, können sie auch einen Schiedsgutachtenvertrag schließen, der ihnen die Einflußnahme auf das von ihm erfaßte Element der Entscheidung vor dem staatlichen Gericht entzieht. Daß es sich empfiehlt, im Schiedsgutachtenvertrag vorzusehen, daß der Schiedsgutachter seine Entscheidung nicht ohne vorherige Äußerungsgelegenheit fällen darf, ist selbstverständlich, aber eine lediglich materiellrechtliche, außerhalb des Schutzbereichs des rechtlichen Gehörs liegende Frage. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung, dann ist das Schiedsgutachten nicht schon deshalb wegen offenbarer Unbilligkeit unverbindlich, weil den Parteien vor seiner Erstellung nicht in dem gebotenen Umfang rechtliches Gehör gewährt wurde.⁴¹

41) Die Frage ist in Rechtsprechung und Literatur lebhaft umstritten. Wie hier haben entschieden: BGH 6, 335 (340 f.) = LM § 319 BGB Nr. 1 mit Anm. von Benkard; Röhl, NJW 1958, 1268 (1270); Kenneweg, S. 176; Rumpel, S. 110; BGH, WM 1968, 617; OLG Hamburg, AWD 1966, 120; a. A. Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 173 III 5 a; Lindacher, KTS 1964, 35; Habscheid, KTS 1967, I (9), 1970, 132 (145) und Festschrift für Laufke, S. 303 (316 ff.); Niklisch, RIW/AWD 1978, 633 (641).

§ 15. Die "Ausnahmen" vom Grundsatz des rechtlichen Gehörs

Nicht selten findet sich in der Literatur die Feststellung, vom Grundsatz des rechtlichen Gehörs gebe es "Ausnahmen".¹ Unter dieser Überschrift werden verschiedene Prozeßsituationen und Verfahrensarten behandelt, in denen kein Anspruch auf rechtliches Gehör bestehe und daher eine Ausnahme von dem Grundsatz vorliege. Da Art. 103 I GG den Anspruch auf rechtliches Gehör einschränkungslos gewährleistet, erscheint die Annahme solcher "Ausnahmen" problematisch. Es wird zu überprüfen sein, ob solche Ausnahmen wirklich anzuerkennen oder ob die unter dieser Überschrift behandelten Erscheinungen nicht in Wahrheit anders zu erklären sind.

I. Fälle entbehrlichen Gehörs

Zunächst handelt es sich um Verfahrenssituationen, in denen eine Ausnahme deshalb bestehen soll, weil der Beteiligte kein vernünftiges Interesse an einer Äußerung haben kann und daher rechtliches Gehör entbehrlich ist.

1. Einseitig nicht rechtsbeeinträchtigende Entscheidungen

Entbehrlich ist die Gewährung rechtlichen Gehörs vor solchen Entscheidungen, die keine Rechtsbeeinträchtigung enthalten können.² Neben den bereits behandelten Maßnahmen, die in die Rechtssphäre keines Beteiligten eingreifen, gibt es solche, die diese Wirkung für eine Seite nicht haben können, nämlich Entscheidungen, die einer Partei lediglich zum Vorteil gereichen und, wenn sie einen Antrag gestellt hat, diesem entsprechen. Ist hier der Partei einmal Gehör gewährt worden, dann hat sie kein vernünftiges Interesse an weiterer

1) Baur, AcP 153, 393 (395) und ZPR, Rdnr. 52; J. Bernhardt, S. 70; Graf, S. 25; Baumann, Rdnr. 80; Jansen, S. 24; Bolgiano, S. 41; Lerche, ZZP 78, 1 (21); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 VI; Kopp, AÖR 106, 604 (630); Röhl, NJW 1958, 1268 (1271); Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 179; Neale, S. 18; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 13; BayVerfGH 4, 21 (28); OLG München, MDR 1983, 324.

2) S. o. § 13 I.

Äußerung.³ Die Entbehrlichkeit weiteren Gehörs für den späteren Sieger ist Voraussetzung für jede sinnvolle Durchführung schriftlicher Verfahren: Hier muß, wenn sich die Kette von Äußerung und Gegenäußerung nicht unbegrenzt fortsetzen können soll, abgebrochen werden; zu der letzten Äußerung seines Gegners muß der schließlich Obsiegende nicht mehr angehört werden.

Insbesondere ist hiernach eine Anhörung des Gegners im Beschwerdeverfahren entbehrlich, wenn der Rechtsbehelf verworfen oder zurückgewiesen werden soll und in der vorherigen Instanz Gehör gewährt wurde.⁴ Dennoch ist hier Gehör für den Gegner jedenfalls zweckmäßig. Ist nämlich, soweit die weitere Beschwerde zulässig ist (§ 568 II ZPO), das Erstbeschwerdegericht anderer Auffassung als das Gericht, das über die weitere Beschwerde entscheidet, dann muß es in der Regel zurückverweisen, wenn dem Beschwerdegegner kein Gehör gewährt wurde.⁵

Der Ansicht von der Entbehrlichkeit rechtlichen Gehörs in diesem Fall ist mit der Erwägung widersprochen worden, die Grundlegung des Gehörs in der Menschenwürde nötige dazu, dem, dessen Anträgen entsprochen werden soll, in gleicher Weise Gehör zu geben wie seinem Gegner.⁶ Aber das überzeugt nicht: Die Achtung vor der Menschenwürde gebietet nur, ohne vorheriges Gehör keinen Beteiligten zu verurteilen; eine günstige Entscheidung ist dagegen nicht verboten.⁷

Für die Frage, ob im Verfahren überhaupt Gehör zu gewähren ist, dürfte dieser Gedanke allerdings seine Berechtigung haben: Ohne wenigstens einmalige Gehörgewährung im Verfahren darf nicht einmal eine für den Gehörten günstige Entscheidung getroffen werden. Der Richter, der eine unheilbar unschlüs-

3) Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1024); Röhl, NJW 1953, 1531 (1533) und 1958, 1268 (1273); Prager, AcP 133, 143 (171); Ortlieb, S. 49; Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 61; Seidel, S. 13; Henkel, S. 249; BayVerfGH 4, 21 (28); OLG Celle, NdsRpfl. 1955, 189 (191).

4) Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 573 Anm. IV 2; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 c ee und § 573 Anm. 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 128 Anm. 3 C; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 79c; Röhl, NJW 1958, 1268 (1271) und MDR 1955, 522; E. Schneider, MDR 1979, 617 (619); BVerfG 6, 12 (14); ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 86 f. und Guldener, Zivilprozeßrecht, S. 176; a. A. Keidel, S. 151, der zumindest Mitteilung der Beschwerde fordert.

5) Keidel, S. 153; vgl. auch Bull, DRiZ 1964, 264.

6) Kolb, S. 69 f.; Kenneweg, S. 31 f. Nach dieser Auffassung ist in diesen Fällen eine Verletzung des Gehörs zu bejahen, die aber deswegen folgenlos bleibt, weil die Entscheidung hierauf nicht beruhen kann (vgl. u. §§ 18 III 2 a; 19 IV 2).

7) So zutreffend Aumüller, S. 45.

sige Klage nicht zustellen läßt und nur den Kläger zum Termin lädt, verletzt also das rechtliche Gehör des Beklagten.⁸ Diese Überzeugung geht bereits auf die Zeit der Rezeption des römischen Rechts zurück.⁹ Dagegen hat man im schweizerischen Zivilprozeßrecht keine Bedenken gegen die Möglichkeit, eine unbehebbar unzulässige Klage ohne vorheriges Gehör des Beklagten abzuweisen.¹⁰

Entbehrlich ist die Gewährung rechtlichen Gehörs für eine Partei auch in folgenden Fällen:

Nach Prozeßvergleich beantragt der Kläger Anberaumung eines neuen Termins, weil der Vergleich unwirksam sei; gegen die Ablehnung dieses Antrags legt er zulässigerweise¹¹ Beschwerde ein. Eine Anhörung des Beschwerdegegners ist deshalb entbehrlich, weil er durch die Ablehnung des Antrags in erster Instanz keine Rechtsstellung erlangt hat, die durch die Beschwerdeentscheidung beeinträchtigt werden könnte.¹²

Ebenso ist es, wenn eine Partei im Termin zur mündlichen Verhandlung säumig war, aber der Antrag auf Versäumnisurteil zurückgewiesen worden ist. Wird hier sofortige Beschwerde (§ 336 I ZPO) eingelegt, so braucht der Säumige im Beschwerdeverfahren nicht gehört zu werden, da er in seiner Rechtsstellung durch die Stattgabe der Beschwerde nicht beeinträchtigt sein kann.¹³

In allen diesen Fällen liegt keine "Ausnahme" vom rechtlichen Gehör vor. Vielmehr ist die Prozeßhandlung des Gerichts eine nur eine Seite beeinträchtigende Entscheidung, so daß auch nur für diese Seite Anspruch auf Gewährung einer Äußerungsgelegenheit besteht.

2. Weitere Fälle entbehrlichen Gehörs?

Mitunter werden darüber hinaus andere Fälle genannt, in denen die Gewährung rechtlichen Gehörs entbehrlich sein soll. Überwunden dürfte die Ansicht sein, rechtliches Gehör sei entbehrlich, wenn die "tatsächlichen Grundlagen ohne weiteres offenliegen",¹⁴ denn vielleicht würde die Gehörgewährung

8) Henckel, ZJP 77, 321 (325 f.).

9) Vgl. schon Vantius, S. 455: *Citatio adeo substantialis censetur ut ... sententia etiam in favorem absentis non vocati ... esset ipso iure nulla.*

10) Guldener, Zivilprozeßrecht, S. 175; Sträuli-Messmer, § 56 Rdnr. 3.

11) RG 65, 420 (421).

12) A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 4. Anders ist es dagegen, wenn im Strafverfahren die Staatsanwaltschaft gegen die Ablehnung des Eröffnungsbeschlusses Beschwerde einlegt; hier hat die Ablehnung erhebliche Folgen zu Gunsten des Angeklagten (§ 211 StPO; vgl. auch BVerfG 7, 109, 110).

gerade zeigen, daß dem nicht so ist. Nicht umsonst haben sich vor dem BVerfG schon Tatsachen, die ein Strafrichter als "offenkundig" behandelt hatte, als nachweislich unrichtig herausgestellt.¹⁵

Hierher gehört auch der Fall des Wiedereinsetzungsverfahrens, wenn dem Antrag nach gefestigter Rechtsprechung ohnehin stattgegeben werden muß.¹⁶ Hier wird das Gehör des Gegners zwar in gewisser Weise zur Formalie; das muß aber bei einem Eingriff in die Rechtskraft in Kauf genommen werden. Ebenso wenig ist rechtliches Gehör im Rechtsmittelverfahren deshalb entbehrlich, weil das Rechtsmittel offensichtlich begründet ist.¹⁷

Rechtliches Gehör ist auch nicht etwa dann entbehrlich, wenn nur über "eindeutig zu beantwortende Rechtsfragen" zu entscheiden ist.¹⁸ Diese Ansicht ist wohl eine Nachwirkung der früher verbreiteten Lehre, daß das Gehör zum Tatsächlichen eine andere Qualität habe als das zu Rechtsfragen.¹⁹ Da aber das Recht auf Äußerung gleichermaßen zu tatsächlichen wie zu Rechtsfragen besteht, kommt ein Unterschied insoweit nicht in Betracht.

Es gibt schließlich auch keine so unbedeutenden Nebenentscheidungen, daß rechtliches Gehör entbehrlich wäre, wie dies etwa für die Änderung der Art der für die Zwangsvollstreckung zu leistenden Sicherheit (§ 108 ZPO) behauptet wird.²⁰ Wenn das Vorliegen einer rechtsbeeinträchtigenden Entscheidung zu bejahen ist, kommt ein Absehen von der Gewährung rechtlichen Gehörs nicht in Betracht. Diese Ansicht führt nicht zu unververtretbaren Verzögerungen. In Angelegenheiten von geringer Bedeutung, zu denen sich die Partei oder ihr Vertreter ohne das Anstellen besonderer Erwägungen sofort

13) Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 336 Anm.; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 336 Anm. 1 A; Röhl, NJW 1958, 1268 (1271).

14) So aber BayVerfGH 4, 21 (28); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., § 128 Anm. V 4; mit Recht ablehnend Ortlieb, S. 48 und Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (334).

15) BVerfG 48, 206 (207 f.).

16) S. o. § 13 III 1 g.

17) Ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 86.

18) So aber OLG Hamm, MDR 1956, 687; zu Recht ablehnend: Reinhardt, S. 149.

19) Vgl. § 7 II 2.

20) Bischof, Rdnr. 430; Wieczorek, 2. Aufl., § 710 Anm. A III; RG, JW 1899, 41 (Nr. 36).

äußern kann, genügt eine kurze Frist durchaus dem Recht auf Äußerung, und übermäßige Verzögerungen sind vermieden.

II. "Ausnahmen" in besonderen Verfahrensarten

Nicht selten wird auch behauptet, in bestimmten Verfahrensarten gebe es Ausnahmen vom Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Man nennt hierfür in erster Linie die summarischen Verfahren, Arrest und einstweilige Verfügung. Aber diese Ausnahmen sind bei richtigem Verständnis der in diesen Verfahren getroffenen Maßnahmen nur scheinbare: Nicht die Gektung des Gehörsgrundsatzes ist aufgehoben, sondern nur der Zeitpunkt hinausgeschoben, zu dem das rechtliche Gehör zu gewähren ist.²¹ Genannt wird als Ausnahme daneben noch das Aufgebotsverfahren (§§ 946 ff. ZPO).²² Hier handelt es sich freilich nur formal um einen Prozeß; es gibt hier keinen Gegner, dem rechtliches Gehör versagt werden könnte; gäbe es ihn, so würde das Verfahren nicht durchgeführt. Dadurch unterscheidet sich das Aufgebotsverfahren grundsätzlich von den Verfahren mit öffentlicher Zustellung, in denen der Gegner bekannt ist, aber ihm mangels Kenntnis seines Aufenthalts kein wirksames Gehör gegeben werden kann. Die hier tatsächlich bestehende Gefahr einer endgültigen Versagung rechtlichen Gehörs muß durch entsprechende Auslegung der zivilprozessualen Vorschriften verhindert werden.²³ Werden die hier vorgeschlagenen Möglichkeiten, dem Adressaten einer öffentlichen Zustellung doch noch Gehör zu verschaffen, wenn er aufgefunden werden kann, genutzt, ist auch die öffentliche Zustellung keine Ausnahme vom Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Endlich wird in diesem Zusammenhang noch das Verfahren im Urkunden-, Wechsel- und Scheckprozeß angeführt, das eine Ausnahme von der Gewährung umfassen den Gehörs darstelle.²⁴ In Wahrheit liegt aber auch hier nur eine der Prozeßbeschleunigung in diesen Verfahren dienende Trennung des Vorbringens in das

21) Bolgiano, S. 41; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146); ähnlich Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 44: keine Ausnahmen, sondern nur Eingrenzungen aus der Struktur der einzelnen Verfahrensarten, die nur ein ausnahmsweises und vorübergehendes Zurückstellen gestatten, und Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1033): keine eigentliche Regelwidrigkeit.

22) A. Blomeyer, ZPR, § 16 I 1, III; Rumpel, S. 114.

23) S. o. § 6 I 3 und 4.

24) A. Blomeyer, ZPR, § 16 III; für das österreichische Recht: Holzhammer, S. 134.

im Urkundenprozeß und das im Nachverfahren erhebliche vor,²⁵ also eine zeitliche Verschiebung eines Teils des Vorbringens, nicht eine wirkliche Ausnahme vom rechtlichen Gehör.

Es geht dabei um mehr als nur eine terminologische Frage. Die Anerkennung echter Ausnahmen käme der Tendenz entgegen, das Recht auf Gehör zu relativieren, nicht nur seine Ausgestaltung, sondern schon seine Geltung mit anderen Grundsätzen abzuwägen. Hierfür ist aber bei einer in der Menschenwürde wurzelnden Maxime kein Raum. Allzu leicht könnte die Tendenz bestehen, die Gehörsversagung aus dem "Zweck" einer zu treffenden Maßnahme zu rechtfertigen, und dabei aus dem Blickfeld zu verlieren, daß nicht dieser Zweck bestimmt, wieweit das rechtliche Gehör eingeschränkt werden darf, sondern das rechtliche Gehör nie weiter hinausgeschoben werden darf, als daß eine effektive Einflußnahme auf die zu treffende Entscheidung noch möglich ist.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß es vom Grundsatz des rechtlichen Gehörs keine echten Ausnahmen gibt. Eine endgültig in die Rechtssphäre eingreifende Maßnahme setzt stets rechtliches Gehör voraus.²⁶

III. Beschränkungen durch überragend wichtige Gemeinschaftsgüter?

Im Anschluß an die Rechtsprechung des BVerfG zum Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG)²⁷ ist die Meinung vertreten worden, das rechtliche Gehör dürfe beschränkt werden, wenn der Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter dies zwingend erfordere.²⁸ Letztlich handelt es sich dabei um den Versuch einer dogmatischen Rechtfertigung der Lehre von den "Ausnahmen", der aber nicht zu überzeugen vermag. Der Vergleich des rechtlichen Gehörs mit der Berufsfreiheit hinkt, weil das rechtliche Gehör kein Freiheitsgrundrecht ist und daher nicht den für diese bestehenden Schranken unterliegt. Die Notwendigkeit, solche "Ausnahmen" oder "Beschränkungen"

25) Vgl. dazu bereits o. § 7 II 1.

26) Übereinstimmend Kolb, S. 66 f.; Behrendt, S. 66, 323; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (850).

27) BVerfG 7, 377 (378).

28) So Hamann, AnwBl. 1958, 141 (142) und Schlosser, Gestaltungsclagen, S. 185 ff.; zu Recht ablehnend Stehmann, S. 21 ff.

anzuerkennen, weist vielmehr darauf hin, daß die Autoren, die auf diese Konstruktion angewiesen sind, entweder den Inhalt oder den Kreis der Inhaber des Anspruchs zu weit fassen.²⁹ Der effektive Schutz des rechtlichen Gehörs wird durch derartige Konstruktionen nicht verbessert, sondern in sein Gegenteil verkehrt, da derart unbestimmte Beschränkungsmöglichkeiten zu einer viel stärkeren und unvorhersehbaren Einschränkung des Grundsatzes führen können als eine engere Fassung unter dem gleichzeitigen Postulat ausnahmsloser Geltung. Gerade eine präzise und damit engere Umschreibung des Inhalts und des Kreises der Inhaber des rechtlichen Gehörs garantiert daher seine effektive Verwirklichung.

29) Vgl. etwa die Ansicht Schlossers zur Bestimmung der Anspruchsinhaber u. § 17 II.

Vierter Teil
DIE INHABER DES ANSPRUCHS AUF RECHTLICHES GEHÖR

§ 16. Die möglichen Anspruchsträger

Für die Frage, wer Anspruch auf rechtliches Gehör hat, ist Art. 103 I GG wenig zu entnehmen: Wenn diese Vorschrift "jedermann" ein Recht auf Gehör zuerkennt, so bedeutet dies sicher nicht, daß jeder Beliebige in einem Prozeß zwischen Parteien, mit denen er nichts zu tun hat, zu Wort zu kommen. Die Formulierung will lediglich besagen, daß niemand als möglicher Träger des Anspruchs von vorneherein ausscheidet.¹

I. Natürliche und juristische Personen

Das bedeutet zunächst, daß außer den natürlichen auch die juristischen Personen Anspruch auf rechtliches Gehör haben. Ein Unterschied in der prozessualen Stellung besteht zwischen beiden nicht, weswegen es auch nicht zu rechtfertigen wäre, den juristischen Personen insoweit weniger Rechte einzuräumen. Von der hier vertretenen Meinung aus, daß Art. 103 I GG ein echtes Grundrecht ist,^{1a} ergibt sich dies bereits aus Art. 19 III GG. Aber auch die Stimmen, die die Grundrechtsqualität leugnen, entnehmen dem Zweck der Vorschrift zumindest die sinngemäße Anwendung des Art. 19 III GG.²

Rechtliches Gehör hat deshalb nach einhelliger Meinung auch der als Fiskus an einem Prozeß beteiligte Staat; seine Stellung unterscheidet sich in nichts von der anderer juristischer Personen.³ Aber auch für den Staat als Hoheitsträger

1) Deutlicher als Art. 103 I GG ist daher Art. 78 I 2 der Verfassung der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Bayern, wonach jeder "Beteiligte" Anspruch auf Gehör hat.

1a) S. o. § 2 II 1.

2) Im Ergebnis übereinstimmend: BVerfG 3, 359 (363); 12, 6 (8); BayVerfGH 15, 8 (9); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 II; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 1; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 12; Art. 19 III Rdnr. 44; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 71 b; v. Münch-Rauball, Art. 103 Anm. 3; v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Anm. VI 3 a; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 6; Heck, S. 67 f.; Kurth, S. 71; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146); Röhl, NJW 1953, 1531, 1958, 1268 (1270) und 1964, 273 (275); Ortlieb, S. 47; Jünemann, S. 14; Keidel, S. 35, 187; Tschira-Schmitt Glaeser, S. 290; Pfeiffer, S. 4; Fuß, DVBl. 1959, 739 (746); Waechter, Betrieb 1971, 289; Leonhard, Rpfleger 1964, 37; Zuck, Rdnr. 37; Rumpel, S. 85; Giese-Schunck, Art. 103 Anm. II 1; Kleinknecht-Meyer, Einl. Rdnr. 25; Benda-Weber, Z郑 96, 285 (300).

gilt nichts anderes.⁴ Wenn der Staat vor seinen Gerichten wie jeder Bürger sein Recht suchen muß und auf die unabhängigen Richter keinen Einfluß nehmen kann und darf, dann kann man ihm auch nicht die Garantien vorenthalten, die alle anderen Prozeßbeteiligten genießen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör knüpft ausschließlich an die Prozeßbeteiligung an.

Das gilt auch für den Staatsanwalt in den von der ZPO vorgesehenen Fällen,⁵ in denen er parteiähnliche Stellung hat.⁶ Auch hier muß an die prozessuale Stellung angeknüpft werden.

Eine andere, hiervon zu unterscheidende Frage ist es, ob dem Staat als Hoheitsträger das rechtliche Gehör als Grundrecht zusteht, oder ob es insoweit nur eine Pflicht des Gerichts ist, der kein Anspruch entspricht, mit anderen Worten: ob der Staat als Hoheitsträger bei Verletzung seines Anspruchs Verfassungsbeschwerde erheben kann oder ob er auf die Rüge der Verletzung des Gehörs im zivilprozessualen Instanzenzug beschränkt ist.

Von dem Standpunkt aus, daß Grundrechte gegen den Staat gerichtet sind, liegt es nahe, eine solche Verfassungsbeschwerde als einen Widerspruch in sich und daher als "nicht denkbar" anzusehen.⁷ Eine konsequente Fortführung des Gedankens, daß der Staat im Prozeß keine Privilegien gegenüber den anderen Beteiligten genießt und daher ebenso Gefahr läuft, in diesem Recht verletzt zu werden, führt indessen dazu, ihm auch den gleichen Rechtsschutz und damit die Verfassungsbeschwerde zuzuerkennen.⁸ Das führt auch dogmatisch

3) BVerfG 13, 132 (139 f.); Pfeiffer, S. 4 und 215; Rumpel, S. 55; Dürig, Festschrift für Apelt, S. 13 (39 Fn. 63) und Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 14, Art. 19 III Rdnr. 55; Kurth, S. 71; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146); Röhl, NJW 1964, 273 (275); Dahs, S. 49; v. Olshausen, S. 154 ff.; für die EMRK: Schorn, Art. 6 I 1 EMRK Anm. 3.

4) KG, OLGZ 1966, 120 (121); Ulsamer, Festschrift für Geiger, S. 199 (207 f.); Röhl, NJW 1964, 273 (275); Arndt, NJW 1962, 1192 (1194); Heck, S. 68 f.; Rüping, S. 144; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 12 und Art. 19 III Rdnr. 55; Arndt, NJW 1959, 1297 (1301); Ortlieb, S. 48; Bettermann, NJW 1969, 1321 (1326); Fuß, DVBl. 1958, 739 (746); Dahs, S. 50; Lorenz, S. 232 (Fn. 33); v. Olshausen, S. 154 ff.; Ule, DVBl. 1959, 537 (542); a. A. Kolb, S. 61; Kenneweg, S. 73 f.; Rumpel, S. 76.

5) Vgl. dazu Bülow, AcP 150, 289.

6) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 19 III Rdnr. 55; Arndt, DRiZ 1959, 368 und NJW 1959, 1297 (1301); Lorenz, S. 232 (Fn. 33); für den Strafprozeß auch Baur, AcP 153, 393 (407); a. A. Rumpel, S. 53 und Kleinknecht-Meyer, Einl. Rdnr. 27.

nicht zu Widersprüchen. Denn Art. 103 I GG wendet sich an die rechtsprechende Gewalt. Rechtsinhaber ist, wenn der Staat verletzt ist, aber die Exekutive. Zu dem befürchteten Widerspruch kommt es also nicht.

II. Inländer, Ausländer und Staatenlose

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gehört zu den Grundrechten, die nicht nur Deutschen zustehen; auch Ausländer und Staatenlose haben Anspruch auf rechtliches Gehör.⁹ Das ergibt sich nicht nur aus der einschränkungslosen Gewährleistung, sondern wiederum aus der Anknüpfung nur an die Stellung als Prozeßpartei; deshalb haben auch ausländische juristische Personen, obwohl Art. 19 III GG für sie nicht gilt, in gleicher Weise das Recht auf Gehör.¹⁰

Übrigens dürfte dieser Satz, daß rechtliches Gehör als Menschenrecht zu gewähren ist und nicht zwischen Staatsbürgern und Fremden unterschieden werden darf, so alt sein wie der Grundsatz selbst. Nicht umsonst heißt es bereits im Auftrag des Mose an die Richter:¹¹

"Ich befahl euren Richtern ...: Hört eure Brüder an und richtet gerecht zwischen einem Mann und seinem Bruder oder einem Fremden. Seht nicht auf die Person beim Richten, hört den Kleinen wie den Großen an; ihr sollt euch vor niemandem fürchten."

-
- 7) So Röhl, NJW 1953, 1531; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (363); ähnlich Rüping, S. 144; Rausche, S. 154. Ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 43 ff.
- 8) BVerfG, BB 1960, 582 lehnt solche Verfassungsbeschwerden ab. Wie hier dagegen Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 90 BVerfGG Rdnr. 31; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 12 und Art. 19 III Rdnr. 55; Heck, S. 69 f.; für die Staatsanwaltschaft in Strafsachen auch Arndt, DRiZ 1959, 368 und NJW 1959, 1297 (1301); offen gelassen von v. Olshausen, S. 156.
- 9) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 II; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 91; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 33; Giese-Schunck, Art. 103 Anm. II 1; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 71b; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 6; v. Münch-Rauball, Art. 103 Anm. 3; Seidel, S. 60; Waechter, Betrieb 1971, 289; Leonhard, Rpfleger 1964, 37; Heck, S. 68; Lässig, Deutsch, S. 99; Ortlieb, S. 47; Kleinknecht-Meyer, Einl. Rdnr. 25; ebenso für das schweizerische Recht: BG 98, 649 (651).
- 10) BVerfG 12, 6; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 1; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 34; v. Münch-Rauball, Art. 103 Anm. 3; Raether, S. 64; Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 90 BVerfGG Rdnr. 30; Zuck, Rdnr. 138; Zeller-Stöber, § 1 Rdnr. 58.
- 11) Dt. 1, 16; Übersetzung nach dem Text der Biblia Hebraica Stuttgartensia, ed. K. Elliger und W. Rudolph, Stuttgart 1977.

Während die Geltung des rechtlichen Gehörs für Ausländer also schon lange unbestritten ist, mangelte diesem Grundsatz doch die vollständige Durchführung in der ZPO: So war in § 114 II ZPO bis zum Inkrafttreten des Prozeßkostenhilfegesetzes¹² bestimmt, daß Ausländern und Staatenlosen Prozeßkostenhilfe nur bei Verbürgung der Gegenseitigkeit zustand. Da die Versagung der Prozeßkostenhilfe bei Vorliegen der persönlichen und sachlichen Voraussetzungen aber ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör ist,¹³ war diese Vorschrift mit Art. 103 I GG nicht vereinbar.¹⁴

In der Praxis wurde dagegen allgemein von der Gültigkeit dieser Einschränkung ausgegangen¹⁵ und nicht nur die Vereinbarkeit mit dem rechtlichen Gehör, sondern auch mit den materiellen Grundrechten, dem Gleichheitssatz und dem Justizgewährungsanspruch bejaht.¹⁶ Das BVerfG hat die Regelung nicht zu überprüfen gehabt.

Während das Prozeßkostenhilfegesetz dieses Hindernis für den unbemittelten Ausländer, zu Gehör zu kommen, beseitigt hat,¹⁷ besteht eine mit dem Gehörsanspruch unvereinbare Beschränkung des Ausländers, sich Gehör zu verschaffen, nach wie vor in dem Erfordernis der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten (§ 110 ZPO). Vor das rechtliche Gehör des Ausländers wird hier eine Barriere gesetzt, die mit seinem Anspruch auf gegenüber seinem Gegner gleiches Gehör nicht in Einklang gebracht werden kann.

Das Erfordernis der Sicherheitsleistung wird nur selten als Problem des rechtlichen Gehörs angesehen.¹⁸ Seitdem Ausländern in gleicher Weise wie Deutschen Prozeßkostenhilfe zu bewilligen ist, ist es überhaupt nur noch in dem Ausnahmefall von Bedeutung, daß eine Partei zwar wirtschaftlich so gestellt ist, daß sie keine Prozeßkostenhilfe mehr erhalten kann, aber die Sicherheitsleistung

12) Das Gesetz über die Prozeßkostenhilfe vom 13. 6. 1980 (BGBl. I 677) ist seit 1. 1. 1981 in Kraft.

13) S. o. § 7 VIII 4.

14) Pentz, DRiZ 1966, 400 (402); Rüping, S. 142 und BK, Art. 103 Rdnr. 50; Rumpel, S. 97; Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 77; Berkemann, JZ 1979, 545 (549 f.); für die EMRK: Pieck, S. 97 ff.; Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 53 f.

15) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 a; OLG Stuttgart, JZ 1956, 123; Wieczorek, 2. Aufl., § 114 Anm. C.

16) Diesen Fragen kann hier nicht nachgegangen werden, vgl. dazu Berkemann, JZ 1979, 545.

17) Dadurch ist der Rechtszustand des gemeinen Rechts wiederhergestellt, nach dem das Armenrecht allen Ausländern offenstand, vgl. Renaud, S. 754.

nicht erbringen kann. Wird dem Ausländer hingegen Prozeßkostenhilfe bewilligt, so ist er auch von der Sicherheitsleistung befreit (§ 122 I Nr. 2 ZPO).

III. Unabhängigkeit von der Prozeßfähigkeit

Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht "jedermann" zu, daher auch den Prozeßunfähigen, also solchen Personen, die geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig sind (vgl. § 51 ZPO). Das ist eine unmittelbare Folge aus der Verwurzelung des rechtlichen Gehörs in der Würde des Menschen, die sich aus dem Menschsein schlechthin ergibt und nicht aus der Fähigkeit zu freier Selbstbestimmung.

1. Trennung von Anspruch und Ausübung

Es ist daher mißverständlich, wenn gesagt wird, das rechtliche Gehör stehe nur Prozeßfähigen zu.¹⁹ Hier geht es nicht um die Innehabung des Rechts, sondern vielmehr um seine Ausübung. Diese steht nur den Prozeßfähigen persönlich zu; dem Prozeßunfähigen kann Gehör nur durch seinen gesetzlichen Vertreter gewährt werden. Das ergibt sich daraus, daß es sich um ein prozessuales Recht handelt, das nur von dem ausgeübt werden kann, der den Prozeß führt, oder, anders gewendet, Prozeßfähigkeit ist die Fähigkeit, selbst von dem Anspruch auf rechtliches Gehör Gebrauch zu machen.²⁰

Fehlt es an einem solchen gesetzlichen Vertreter, so muß der Partei, damit sie den Anspruch wahrnehmen kann, einer bestellt werden. Insofern sichert § 57 ZPO dem Prozeßunfähigen sein Recht auf Äußerung.²¹

18) Wie hier aber Schor, EMRK, Art. 6 I 1 Rdnr. 53; Echterhölder, JZ 1956, 142 (145). Ohne Bedenken Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 a; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 89; BGH, NJW 1982, 1223; vgl. auch Pieck, S. 100 f.

19) So Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146).

20) J. Bernhardt, S. 72 ff., 77; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 71c; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 b; BayVerfGH 27, 109 (115) = Rpfleger 1976, 350 mit Anm. von Kirberger; Kurth, S. 71; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 91; Behrendt, S. 28; Henckel, ZfP 77, 321 (344); Keidel, S. 88 f.; BayObLG 1965, 359 (361) und 1970, 85 (88); BGH 84, 24 (29); für den Strafprozeß: Ortlieb, S. 162 ff.; Dahs, S. 49; Seidel, S. 97.

21) J. Bernhardt, S. 78.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz muß aber als Konsequenz der Würde des Prozeßunfähigen dann gelten, wenn in Form einer gerichtlichen Maßnahme in den persönlichen Lebensbereich des Menschen eingegriffen werden soll, denn hier muß er sich auch dann zur Wehr setzen können, wenn ihm die Rechtsordnung normalerweise eine Einflußmöglichkeit verweigert.²²

In Betracht kommt hier im Zivilprozeß besonders das Entmündigungsverfahren. Hier ist der Antragsgegner sowohl für die Anfechtungsklage gegen die Entmündigung als auch für die Aufhebungsklage als prozeßfähig anzusehen.²³ In der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind derartige Verfahren besonders die Anordnung einer vorläufigen Vormundschaft oder einer Pflegschaft.

2. Folgerungen aus der Trennung von Anspruch und Ausübung

Wie beim rechtlichen Gehör für Ausländer ist auch bei der Trennung von Anspruchsträgerschaft und Anspruchsausübung beim Prozeßunfähigen der Grundsatz allgemein anerkannt; notwendige Folgerungen hieraus sind aber durchaus im Streit.

a) Reihenfolge der Prüfung der Prozeßvoraussetzungen

Die Bedeutung der Vertretung für das Gehör des Prozeßunfähigen wirkt sich zunächst auf die Reihenfolge aus, in der die Prozeßvoraussetzungen zu prüfen sind. Hierfür werden in der Literatur verschiedene Lösungen vorgeschlagen,²⁴ teilweise wird auch gesagt, es könnten diejenigen geprüft werden, die am leichtesten feststellbar sind, eine Rangfolge gebe es also nicht.²⁵

22) BayVerfGH 27, 87 (90) und 109 (116); KG, FamRZ 1960, 503 mit zust. Anm. von Beitzke; OLG Hamm, JMBINRW 1962, 199 (201); Hamann, AnwBl. 1958, 141 (146); Röhl, NJW 1958, 1268 (1269); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 91; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (850); Ortlieb, S. 162; Rüping, S. 139; Keidel, S. 89 ff.; Behrendt, S. 28; Rumpel, S. 38, 58; Jansen, S. 21; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 71d; Dahs, S. 49; Meder, Art. 91 Rdnr. 1; BayObLG, Rpfleger 1979, 422; BGH 35, I (8); ebenso für das schweizerische Recht Reinhardt, S. 17; a. A. zuletzt BGH 15, 262.

23) Für die Anfechtungsklage ist dies allg. Meinung, vgl. nur Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 171 I 3 c; für die Aufhebungsklage umstritten. Prozeßfähigkeit bejahen hier Rosenberg-Schwab, § 171 II 3 b; Waldner, NJW 1982, 316 (317 Fn. 17), verneint wird sie von Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 679 Anm. 1 B; Zöller-Philippi, 13. Aufl., § 679 Anm. I 2; RG 35, 351 (357).

24) Vgl. A. Blomeyer, ZPR, § 39 III; Sauer, S. 570 ff.; Levy, ZJP 20, 87; Grunsky, ZJP 80, 55 (72); Wieczorek, 2. Aufl., § 274 Anm. B I.

Indessen fordert Art. 103 I GG, daß zunächst diejenigen Voraussetzungen geprüft werden, die die Parteien betreffen, denn auch vor einem Prozeßurteil muß den Parteien rechtliches Gehör gewährt werden; an Stelle der prozeßunfähigen Partei ist ihr gesetzlicher Vertreter zu hören, weil dieser und nicht der Prozeßunfähige allein in der Lage ist, sich sachgemäß und so zu äußern, daß die Interessen des Prozeßunfähigen gewahrt werden. Daher darf die Frage der Prozeßfähigkeit nicht offenbleiben und ist an erster Stelle vor den Prozeßvoraussetzungen, die sich auf das Gericht und auf den Streitgegenstand beziehen, zu prüfen;²⁶ ein Urteil, das gegen einen Prozeßunfähigen ergeht, würde dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzen.²⁷

b) Zustellung an einen Prozeßunfähigen

Die Notwendigkeit der Gewährung effektiven rechtlichen Gehörs für den Prozeßunfähigen bestimmt auch die Lösung der seit Jahrzehnten umstrittenen Frage, ob die Zustellung an den Prozeßunfähigen wirksam ist und die Rechtsmittelfrist in Lauf setzt, oder ob solche Urteile erst nach Ablauf der absoluten Rechtsmittelfristen (§§ 516, 552 ZPO) rechtskräftig werden. Wenn in erster oder zweiter Instanz übersehen wurde, daß eine Partei prozeßunfähig war, so verschafft sie sich durch ihr Rechtsmittel Gehör. Diese Möglichkeit muß dem Prozeßunfähigen möglichst erleichtert werden. Aus diesem Grund darf die Zustellung nicht als wirksam angesehen werden; das kontradiktorische Urteil wird erst nach Ablauf der absoluten Rechtsmittelfrist rechtskräftig; ein Versäumnisurteil überhaupt nicht, da keine Einspruchsfrist läuft.²⁸

25) Thomas-Putzo, 12. Aufl., vor § 253 Anm. III A; Medicus, § 2 II; Harms, ZZP 83, 167; im Ergebnis auch Berg, JuS 1969, 123 (127).

26) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 97 V 5; Arens, Rdnr. 153; Pohle, ZZP 81, 161 (166 f.); OLG Koblenz, NJW 1977, 55 (57).

27) Gottwald, Revisionsinstanz, S. 259; Zeiss, § 41 VI 3.

28) Wie hier J. Bernhardt, S. 85 f.; im Ergebnis ebenso, aber ohne Argumentation mit dem rechtlichen Gehör: Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 44 VI 6; Rosenberg, JZ 1951, 43; Schönke-Kuchinke, § 28 IV; Niemeyer, NJW 1976, 742 (744); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 171 Anm.; OLG Naumburg, RsprOLG 29, 71; OLG Marienwerder, SeuffArch. 56, 421; a. A. (ebenfalls ohne Auseinandersetzung mit dem rechtlichen Gehör): RG 121, 63 (64) und 162, 223 (225); Wieczorek, 2. Aufl., § 51 Anm. A IV e 2; A. Blomeyer, ZPR, § 30 III 2, 3; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 56 Anm. 1 C; Stein-Jonas-Leipold, 20. Aufl., § 56 Rdnr. 2.

Die Gegenmeinung, die hier die Rechtssicherheit ins Feld führt, kann schon deshalb nicht überzeugen, weil diese auch nach Eintritt der Rechtskraft nicht erreicht ist, da das gegen den Prozeßunfähigen ergangene Urteil mit der Nichtigkeitsklage anfechtbar ist (§ 579 I Nr. 4 ZPO).

c) Prozeßfähigkeit in der Zwangsvollstreckung

Daraus, daß in der Zwangsvollstreckung rechtliches Gehör zu gewähren ist, andererseits dieses nur einer prozeßfähigen Person wirksam gewährt werden kann, ergibt sich, daß auch für die Zwangsvollstreckung Prozeßfähigkeit gefordert werden muß. Wird der Schuldner nach Zustellung des Urteils prozeßunfähig, so muß ihm daher noch ein gesetzlicher Vertreter bestellt werden, weil er andernfalls sein Äußerungsrecht nicht ausüben kann. Das zeigt sich besonders plastisch, wenn es der Schuldner gerade wegen seiner Geisteskrankheit unterläßt, freiwillig zu zahlen und daher eine ihm nachteilige Vollstreckung ausgeführt wird.²⁹

Das übersieht die ganz herrschende Meinung, die Prozeßfähigkeit nur bei der Erzwingung von Handlungen oder Vollstreckung gegen die Person oder bei dem Schuldner gegenüber vorzunehmenden Handlungen verlangt, sowie dann, wenn der Schuldner Einwendungen erheben will.³⁰

d) Nichtigkeitsklage bei Prozeßunfähigkeit

Schließlich läßt sich aus der Pflicht zur Gewährung möglichst effektiven Gehörs für den Prozeßunfähigen auch ein Argument für die Entscheidung der Streitfrage ableiten, ob mangelnde Prozeßfähigkeit nur dann die Nichtigkeitsklage aus § 579 I Nr. 4 ZPO begründet, wenn sie im Vorprozeß übersehen worden ist,^{30a} oder auch, wenn sie ausdrücklich verneint wurde.^{30b} Die letztere Meinung wird der Bedeutung des rechtlichen Gehörs besser gerecht und verdient daher den Vorzug.

Dadurch wird zudem eine andernfalls erforderliche Verfassungsbeschwerde der prozeßunfähigen Partei vermieden, was dem allgemeinen Bestreben nach einer Selbstkontrolle der Zivilgerichte^{30c} entspricht.

29) J. Bernhardt, S. 98 ff.

30) KG, HRR 1929, 1398; Stein-Jonas-Münzberg, 19. Aufl., vor § 704 Anm. VI 1 b; Wieczorek, 2. Aufl., § 704 Anm. B V b 1; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 704 Anm. 6 C b; Förster-Kann, vor § 704 Anm. 5 g bb; Rosenberg, 9. Aufl., § 179 IV 2; de Boor-Erkel, ZwV, § 3 I 4; anders mit Recht jetzt Jauernig, ZwVR, § 1 VII.

30a) So Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 44 IV 6.

30b) So BGH 84, 24 (29).

30c) S. u. § 20.

IV. Zeugen, Sachverständige, Zuhörer

Zeugen und Sachverständige haben als solche keinen Anspruch auf rechtliches Gehör; im Interesse der Parteien, nicht in ihrem eigenen sind sie zur Aussage und zur Erstattung des Gutachtens verpflichtet. Das gilt auch im Fall des § 655 ZPO für den Sachverständigen, obwohl es in dieser Vorschrift heißt, daß er zu hören "ist"; hier geht es aber um ein "Verhören", nicht um die Gewährung des Rechts auf Gehör.³¹

Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn Zeugen und Sachverständige durch Zwischenentscheidungen in ihrer Rechtsstellung betroffen sind, etwa vor einem Zwischenurteil über das Zeugnisverweigerungsrecht (§ 387 ZPO).³²

Ebenso haben Zuhörer und Bietinteressenten eines Zwangsversteigerungsverfahrens kein Recht auf Gehör, sondern befinden sich außerhalb des Schutzbereichs dieses Grundsatzes. Es ist daher nicht richtig, eine Verletzung des Art. 103 I GG anzunehmen, wenn der Versteigerungstermin in einen anderen Sitzungssaal verlegt wird und das Vollstreckungsgericht nicht die erforderlichen Maßnahmen trifft, daß die Bietinteressenten diesen Sitzungssaal finden.³³ Daß trotzdem ein Verfahrensfehler vorliegt,³⁴ ist selbstverständlich.

All dies ist im Grunde unproblematisch. Zahlreiche Urteile entfalten aber nicht nur Wirkungen für die Parteien, sondern auch für dritte Personen. In all diesen Fällen stellt sich die Frage, ob auch diese Drittbetroffenen Anspruch darauf haben, in dem zwischen anderen Parteien geführten Prozeß zu Wort zu kommen. Die Behandlung der damit verbundenen Fragen, die zu den schwierigsten des rechtlichen Gehörs zählen, muß einem eigenen Abschnitt vorbehalten bleiben.

31) Kurth, S. 75 f.; Prager, AcP 133, 143 (154).

32) BayVerfGH 15, 8 (9); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 II; Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A I I; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 a; Rüping, S. 137 f. und BK, Art. 103 Rdnr. 77; Löwe, S. 407, 433; Kolb, S. 61 f.; Dahs, S. 56; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 6; Rumpel, S. 52; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1038) und Rechtliches Gehör, S. 20 f.; Baur, AcP 153, 393 (407); Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 a bb; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (363); Röhl, NJW 1953, 1531 (1532); Ortlieb, S. 47; Keidel, S. 81 f.; unrichtig Schorn, Menschenwürde, S. 108 und Peters, Strafprozeß, § 42 IV, wonach der Zeuge bezüglich seiner Aussage Recht auf Gehör habe (richtig dagegen Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 8).

33) So aber Vollkommer, Rpfleger 1982, 1 (7).

34) OLG Hamm, Rpfleger 1979, 29.

§ 17. Der Anspruch materiell betroffener Dritter

Mit der Bestimmung des Kreises der potentiell als Anspruchsinhaber in Betracht kommenden Personen ist aber noch nichts darüber ausgesagt, wer in einem konkreten Prozeß anspruchsberechtigt ist.

I. Parteien und Nebenbeteiligte

Außer Zweifel steht, daß jedenfalls derjenige Anspruch auf rechtliches Gehör hat, der nach der Regelung der ZPO an einem Verfahren als Partei oder in ähnlicher Stellung, also insbesondere als Nebenintervenient, beteiligt ist.¹ Dabei gilt für letztere die Einschränkung, daß sie kein rechtliches Gehör beanspruchen können, soweit sie sich dadurch in Gegensatz zu der von ihr unterstützten Hauptpartei setzen würden (§ 67 ZPO).² Das ist der Gehalt des rechtlichen Gehörs, der durch den Satz "audiatur et altera pars" zum Ausdruck gebracht wird.

Regelmäßig sorgt das Zivilprozeßrecht dafür, daß es in einem Prozeß nicht zu einem Eingriff in die Rechte unbeteiligter Dritter kommen kann. Wenn A den B verklagt, aber den C verurteilt haben will, so wird seine Klage, wenn B nicht ausnahmsweise prozeßführungsbefugt ist, ohne weiteres abgewiesen; einer Beteiligung des C bedarf es nicht.³ Immer dann, wenn ein Urteil nicht nur Wirkungen für die formell am Verfahren Beteiligten hat, stellt sich dagegen das Problem, ob auch einem Dritten ein Anspruch auf Gehör zuzuerkennen ist.

II. Materiell Beteiligte als Anspruchsinhaber

Die Frage einer Mitwirkung von Personen im Prozeß, die nicht formell beteiligt, aber materiell von den Urteilswirkungen betroffen sind, wird erst seit relativ kurzer Zeit als Frage des rechtlichen Gehörs qualifiziert.

-
- 1) BVerfG 17, 356 (361 f.); BayVerfGH 23, 143 (148); Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1037); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 d; Röhl, NJW 1953, 1531; StGH Baden-Württemberg, JZ 1969, 514.
 - 2) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 II; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 91; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 a; Baur, AcP 153, 393 (407); Kurth, S. 74; Röhl, NJW 1953, 1531; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1037); Schwartz, S. 76; für die EMRK: Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 4.
 - 3) Bettermann, JZ 1962, 675 (677).

1. Grundsatz

Früher meinte man, mit den Parteien und den Streitgehilfen sei der Kreis der Gehörsberechtigten auch schon geschlossen, anderen Dritten stehe der Anspruch auch dann nicht zu, wenn sie materiell vom Prozeß betroffen seien.⁴ Nach dieser Ansicht würde es sich dabei ausschließlich um eine Frage des Justizgewährungsanspruchs handeln.⁵ Aber diese Sicht wird dem Problem nicht gerecht.

Es geht für den Drittbetroffenen nicht darum, ob er in einer bestimmten Rechts-sache ein Gericht anrufen und dessen Tätigwerden verlangen kann, sondern ob er sich an einem bereits anhängigen Verfahren beteiligen kann. Das ist aber ausschließlich eine Frage des rechtlichen Gehörs.

Auch Lerche⁶ verneint zu Unrecht, daß es sich bei der Frage der Anhörung Drittbetroffener um ein Problem des rechtlichen Gehörs handle und will "eine Stufe früher" ansetzen und den Anspruch des Drittbetroffenen aus Art. 19 IV GG ableiten. Es genüge daher, wenn der Dritte zwar nicht gehört werde, aber sich in anderer Weise Gerichtsschutz verschaffen könne, wie, sei eine vom Gesetzgeber zu beantwortende Frage. Aber diese Ansicht sieht die Stellung des Dritten nur negativ, in der Abwehr von Beeinträchtigungen seiner Rechtsstellung. Hierin erschöpft sich das rechtliche Gehör aber nicht.⁷ Zieht man die im rechtlichen Gehör enthaltene Mitwirkungsbefugnis heran, so ergibt sich, daß auch der Drittbetroffene nicht von vornherein aus dem Kreis der Anspruchsberechtigten ausgeschlossen werden darf.⁸

Es darf daher heute als gesichert gelten, daß außer den formell am Prozeß Beteiligten auch Dritte, die von dem Urteil betroffen werden, Anspruch auf rechtliches Gehör haben.⁹ In den Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergibt

4) So Thomas-Putzo, 7. Aufl., Einl. I 4 a; A. Blomeyer, ZPR, § 16 II 1; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2.

5) So ausdrücklich Lorenz, S. 237.

6) ZP 78, 1 (23 f.); ihm insoweit folgend Stahl, S. 151 ff.

7) Vgl. Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 16.

8) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 91; Calavros, S. 26; Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 17.

9) Baur, AcP 153, 393 (407); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (363 f.); Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 76; Schumann, ZP 96, 137 (157); Grunsky, FamRZ 1966, 642; Jauernig, 18. Aufl., § 25 XI; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 II; Schlosser, Gestaltungs-klagen, S. 172 ff. und JZ 1967, 431 (432); M. Wolf, JZ 1971, 405; Rumpel, S. 53; Zeiss, § 32 II; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1037) und Rechtliches Gehör, S. 9, 20; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 91; Stree, S. 128; BVerfG 21, 132 (137) und 60, 7 (13); ebenso für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 16; anders (beiläufig) BVerfG 49, 217 (219).

sich dies oft schon aus der gesetzlichen Abgrenzung des Beteiligtenbegriffs (vgl. § 7 Hausr VO). Diesen Gehalt kann man mit dem Satz "ne inauditus condemnatur" erfassen. "Condemnatur" - das wird aber nicht jeder, der von dem Urteil in irgendeiner Weise betroffen wird.

Schon im 16. Jahrhundert stellte Vantius fest: "Est tamen adsertendum, quoniam is ... necessario citandus est, quem principaliter non secundario vel in consequentiam negotium tangit."¹⁰

Andernfalls dürfte es keine Erstreckung der Urteilswirkungen auf Dritte geben, keine Rechtskrafterstreckung, keine Gestaltungswirkung inter omnes. Daß dies nicht der Sinn der verfassungsrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs sein kann, ist wohl außer Streit.¹¹

Nicht bemühen braucht man diesen Gedanken allerdings bei der Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf einen Dritten (§§ 727 - 729 ZPO).¹² Hier geht es ja nicht darum, daß der Dritte an dem Erstprozeß hätte beteiligt werden können, sondern um eine besondere Verfahrensart, der dem Gläubiger eine neue Klage erspart. Solche besonderen Verfahrensarten sind aber durch den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht verboten.¹³

Dabei sollte nicht übersehen werden, daß die Anhörung Drittbetroffener auf Kosten des rechtlichen Gehörs der Parteien geht. Da der zu beteiligende Dritte im Rahmen seines Teilnahmerechts am Prozeß auch Rechtsmittel einlegen, Beweise anbieten, die Unterbrechung des Verfahrens herbeiführen, Richter ablehnen können muß, werden Verfahrenskosten und Verfahrensdauer in die Höhe getrieben, die von den Parteien erstrebte Rechtskraft der Entscheidung hinausgeschoben, ihre Vollstreckung verzögert oder erschwert. Die Parteien haben daher kraft ihres rechtlichen Gehörs ein Interesse daran, eine Einmischung Dritter abzuwehren. Das Beteiligungsinteresse des Dritten muß also gegen das der Parteien abgewogen werden, ihren Prozeß alleine zu führen.¹⁴

10) Vantius, S. 458.

11) Bettermann, JZ 1962, 675 (677); Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1038); M. Wolf, JZ 1971, 405.

12) A. A. Bettermann, JZ 1962, 675 (677), der hierin ein Problem der Drittbetroffenheit sieht.

13) S. o. § 7 VII 1.

14) Auf diesen Konflikt weist auch M. Wolf, JZ 1971, 405 (407) hin.

Zu Unrecht erblickt Grunsky¹⁵ hierin eine aus Art. 103 I GG nicht zu entnehmende Einschränkung dieser Vorschrift. Hier wird ja nicht das rechtliche Gehör des Dritten gegen andere Verfahrensgrundsätze oder Interessen abgewogen, vielmehr kommt es zu einem Konflikt zwischen rechtlichem Gehör für den einen und effektivem rechtlichen Gehör für den anderen. Für einen solchen Konflikt muß aber auch auf der Grundlage der Unbeschränkbarkeit des Art. 103 I GG eine Lösung gefunden werden.

Demgegenüber wird in letzter Zeit in der Literatur ein umfassendes Anhörungsrecht jedes materiell Drittbetroffenen, mag er durch die Entscheidung mittelbar oder unmittelbar berührt werden, vertreten.¹⁶ Diese Stimmen setzen sich mit den geäußerten Bedenken für das rechtliche Gehör der Parteien nicht auseinander, versuchen aber, den Adressatenkreis auf andere Weise einzuschränken.

So rechnet Calavros zum Begriff des Betroffenseins die Tatsache, daß das Urteil zwischen den Parteien unrichtig ist.¹⁷ Daß dieses Kriterium ungeeignet ist, liegt auf der Hand: Zu dem Zeitpunkt, wo darüber zu entscheiden ist, ob ein Dritter Anspruch auf rechtliches Gehör hat, weiß man naturgemäß nicht, ob das der Fall sein wird.

Schlosser will den Kreis der Gehörsberechtigten danach eingrenzen, ob in der konkreten Situation der Kreis der Beteiligten so groß und so unübersichtlich werde, daß nicht mehr alle Betroffenen zum Verfahren hinzugezogen werden könnten, andernfalls kein ordnungsgemäßes Gerichtsverfahren mehr gewährleistet sei.¹⁸ Er begründet dies mit teleologischer Reduktion des Art. 103 I GG. Diese Einschränkung ist aber - ganz abgesehen von den Bedenken gegen die teleologische Reduktion einer Verfassungsnorm - ebenfalls ungeeignet. Weder wird sich ein Konsens in der Frage erzielen lassen, wann das Funktionieren der Rechtspflege in Frage gestellt ist, noch kann das Recht des "an sich" Äußerungsberechtigten davon abhängen, ob es noch so viele andere Äußerungsberechtigte gibt, daß die Gewährung von Gehör undurchführbar wird.¹⁹

15) Grunsky, § 25 II 2.

16) Calavros, S. 34 ff.; Schlosser, JZ 1967, 431 (432 f.).

17) Calavros, S. 35.

18) JZ 1967, 431 (432 f.); etwas anders noch in Gestaltungsklagen, S. 215 ff.: dann sei kein Gehör zu gewähren, wenn der Teilnehmerkreis typischerweise nicht mehr überschaubar sei, ohne Rücksicht darauf, ob im konkreten Fall alle Drittbetroffenen gehört werden könnten; noch anders jetzt Stein-Jonas-Schlosser, 20. Aufl., vor § 606 Rdnr. 20.

19) Calavros, S. 39. M. Wolf, JZ 1971, 405 wir ft in diesem Zusammenhang mit Recht die Frage auf, ob, wenn sich erst nachträglich herausstellt, daß der Kreis der Anhörungsberechtigten unüberschaubar ist, die wenigen zunächst bekannten Anhörungsberechtigten, die womöglich am Verfahren bereits mitgewirkt haben, ihr Äußerungsrecht wieder verlieren sollen. Gegen Schlosser auch D. Brüggemann, JR 1969, 361 (364) und Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 41 f.

Wenig geeignet ist auch die Einschränkung Grunskys,²⁰ daß derjenige gehört werden müsse, dessen derzeitige Rechtsstellung von dem streitigen Rechtsverhältnis abhängt. Auch dieser Personenkreis kann noch unabsehbar groß sein: Wendet man die Formel auf eine Klage an, mit der die Feststellung des Nichtbestehens einer Ehe begehrt wird, dann würden alle Gläubiger eines Ehegatten aus Schlüsselgewaltgeschäften (§ 1357 BGB) einen Anspruch auf Gehör haben.²¹

2. Eingrenzung des Begriffs der materiell Betroffenen

Es muß daher nach einer Eingrenzung gesucht werden, die einerseits dem effektiven rechtlichen Gehör der formell Beteiligten, andererseits aber auch dem Mitwirkungsrecht der nur materiell Beteiligten gerecht wird. Dieser Personenkreis läßt sich nur schwer positiv beschreiben; dagegen erscheint es möglich, ihn negativ abzugrenzen.

a) Erfordernis rechtlicher Betroffenheit

Zunächst ist erforderlich, daß der Dritte rechtlich vom Ausgang des unter anderen Parteien geführten Prozesses betroffen ist. Naturgemäß ergeben sich stets tatsächliche Auswirkungen für unterhaltsberechtigte Familienangehörige, wenn gegen den säumigen Schuldner Haft angeordnet und vollstreckt wird (§ 909 ZPO), oder für Gläubiger, wenn die Kündigungsschutzklage des bei ihnen verschuldeten Arbeitnehmers abgewiesen wird. Aber hier wird kein eigenes Recht dieser Personen betroffen; dementsprechend haben sie auch keinen Anspruch auf Gehör.²² Wollte man dies leugnen, so gäbe es im Privatrecht keine Dispositionsfreiheit mehr.

Allerdings kann mitunter durchaus zweifelhaft sein, ob ein Fall rechtlicher Betroffenheit vorliegt, so etwa dann, wenn über einen Dritten von den Parteien im Prozeß etwas Ehrenrühriges behauptet wird, das Gericht es als wahr unterstellt und in die Urteilsgründe aufnimmt, ohne diesen Dritten zu hören.²³ Ein Anspruch des Dritten auf Gehör ist hier bestritten worden;²⁴ die individualrechtliche Wurzel des Rechts auf Gehör dürfte aber zumindest in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verlangen, daß hier vorher rechtliches Gehör gewährt wird.

20) Grunsky, FamRZ 1966, 642.

21) Vgl. dazu u. 4.

22) Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 55 f.; Schlosser, Gestaltungsclagen, S. 181. Das verkennt Löwe, S. 405 ff., wenn er meint, von einer Entscheidung könne man in so unterschiedlicher Weise betroffen sein, daß diesem Begriff scharfe Konturen völlig abgingen.

23) Fall BVerfG 15, 283. Die Verfassungsbeschwerde scheiterte dort bereits an der Zulässigkeitschürde.

Noch deutlicher wurde dieses Problem im früheren Eheprozeß: Der als Ehebrecher ins Scheidungsurteil Aufgenommene sah sich nicht nur einem moralischen Vorwurf ausgesetzt, sondern zudem rechtlichen Nachteilen gegenüber (Bestrafung wegen Ehebruchs, Eheverbot des § 6 EheG a.F.). Hier wurde mit Recht gefordert, daß eine Aufnahme nicht ohne vorheriges Gehör erfolgen dürfe.²⁵

Es handelt sich hier nicht um das allgemeine Problem des Schutzes gegen Rechtsverletzungen.²⁶ Allerdings kann eine vergleichbare Situation auch dann entstehen, wenn das Gericht die ehrverletzende Äußerung nicht über einen Dritten, sondern über die - ordnungsgemäß angehörte - Partei in die Urteilsgründe aufnimmt. Aber hier fehlt es gerade an dem Zusammenhang zwischen Gehörsverkürzung und Eingriff: Der Bürger ist nicht gegen alle ehrenrührigen Unterstellungen des Gerichts geschützt, wohl aber gegen solche, die auf versagtem Gehör beruhen.

b) Unmöglichkeit anderer Abwehr des Eingriffs

Nach Ausschaltung der Fälle nur tatsächlichen Betroffenseins ist der Kreis der Drittbetroffenen aber immer noch größer, als zur Verwirklichung von deren Gehör erforderlich, und zu groß, um nicht das effektive Gehör der Hauptbeteiligten zu gefährden. Zur weiteren Eingrenzung des Kreises der Anspruchsberechtigten sind verschiedene Vorschläge gemacht worden.

So verwendet Zeuner²⁷ die Formel, der Drittbetroffene habe den Anspruch dann, wenn er an der vom Verfahren unmittelbar erfaßten Beziehung im Sinne einer "eigenen Zuständigkeit" beteiligt sei. Was damit ausgedrückt sein soll, bleibt recht unklar;²⁸ immerhin lassen sich damit jene Gestaltungen ausgrenzen, in denen das Gehörsrecht bereits wegen materiellrechtlicher Abhängigkeit des Dritten von dem im Streit befindlichen Recht entfallen muß.

Nicht restlos zu überzeugen vermag auch die Ansicht Grunskys,^{28a} es komme darauf an, ob das Gesetz, welches das in Streit befindliche Rechtsverhältnis regelt, dazu bestimmt ist, auch die Interessen des Dritten zu schützen (Gedanke des § 823 II BGB). Diese Formel erweist sich nicht selten als zu eng: So bezwecken die §§ 1593 ff. BGB sicher nicht den Schutz der Mutter, sondern ausschließlich den des Vaters und des Kindes. Dennoch wird man der Mutter den Anspruch auf rechtliches Gehör im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß kaum versagen können.²⁹

24) Kurth, S. 76 f.; Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 23 f.

25) Lampson, JR 1951, 423; Pentz, JR 1967, 85 (86).

26) So aber Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 24.

27) Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1038) und Rechtliches Gehör, S. 25 ff.; zustimmend Grunsky, § 25 II 2.

28) Kritisch auch Calavros, S. 32 f. und M. Wolf, JZ 1971, 405.

28a) Grunsky, § 25 II 2 b; kritisch Calavros, S. 33.

29) S. u. 3 a.

Ich möchte folgender negativen Formulierung den Vorzug geben: Ein Anspruch des Drittbetroffenen ist dann nicht anzuerkennen, wenn er andere Möglichkeiten hat, einen Eingriff in seine Rechtsstellung durch das ergehende Urteil abzuwehren oder wenn er der Beeinträchtigung auf andere Weise hätte entgegen können. Wenn er dagegen eine Rechtsbeeinträchtigung nicht anders abwehren und ihr auch nicht ausweichen konnte, dann muß er Anspruch auf rechtliches Gehör haben.³⁰ Dieser Anspruch ergibt sich daraus, daß andernfalls eine Lücke im Rechtsschutz bestünde, wenn ein Beteiligter als unmittelbare Folge einer richterlichen Entscheidung eine Schmälerung seiner Rechtsstellung erfahren müßte, ohne daß ihm, weil Art. 19 IV GG keinen Rechtsweg gegen Akte der Rechtsprechung eröffnet³¹ - dagegen Rechtsschutz gewährt würde, obwohl er im Verfahren nicht zu Wort gekommen ist oder nicht einmal von ihm Kenntnis hatte.³² Unter dieser Voraussetzung der Unmöglichkeit anderer zumutbarer Abwehr der Rechtsbeeinträchtigung verbietet Art. 103 I GG nicht die Erstreckung der Rechtskraft auf dritte, nicht am Verfahren Beteiligte.³³

3. Einzelfälle

Die Brauchbarkeit der hier vorgeschlagenen Formel soll an einigen Beispielen überprüft werden, die die Rechtsprechung beschäftigt haben oder in der Literatur diskutiert worden sind.³⁴ Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß eine Entscheidung nicht lediglich gegen die Parteien, sondern auch gegen am Verfahren nicht beteiligte Dritte wirkt.

a) Ehelichkeitsanfechtungsprozeß

Nur noch historische Bedeutung hat der Fall der nach früherem Kindschaftsrecht möglichen Ehelichkeitsanfechtungsklage des Staatsanwalts gegen das Kind

30) Ähnlich M. Wolf, JZ 1971, 405 (406 f.); zu eng allerdings die von ihm gezogene Konsequenz, das sei "im wesentlichen nur in Statussachen" der Fall (aaO, S. 409).

31) S. o. § 7 V I b.

32) Vgl. Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 174; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (363 f.).

33) Calavros, S. 141; Bettermann, JZ 1962, 675 (677); für das österreichische Recht Kralik, S. 129; s. auch Heim, S. 208.

34) Zahlreiche weitere, hier nicht erörterte Beispiele behandelt Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 214 ff.

(§ 1595 a. F. BGB). Da die erfolgreiche Anfechtungsklage für und gegen alle wirkte (§ 643 S. 1 a. F. ZPO), verlor der Vater mit der Rechtskraft des stattgebenden Urteils die sich aus dem bisherigen Status des Kindes ergebenden Rechte und hatte auch keine Möglichkeit, dieser Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung zu entgehen. Mit Recht hat das BVerfG daher entschieden, daß auch dem Vater des Kindes rechtliches Gehör gewährt werden mußte.³⁵

Auch nach heutigem Recht ist der Ehelichkeitsanfechtungsprozeß aber noch für das rechtliche Gehör Drittbetroffener von Interesse. Das neue Kindschaftsrecht hat dabei auch das rechtliche Gehör der Mutter im Prozeß des Vaters gegen das Kind oder umgekehrt anerkannt, indem es ihre Beiladung anordnet (§ 640e ZPO).³⁶ Umstritten ist dagegen bis heute, ob auch die Beteiligung des außerehelicher Erzeuger in Betracht kommenden Manns erforderlich ist, ob also auch er in der Weise vom Rechtsstreit materiell betroffen ist, daß ihm rechtliches Gehör gewährt werden muß.

In Betracht kommt dabei nur der Fall, daß der außereheliche Erzeuger - wie wohl in der Regel - die Abweisung der Klage erreichen will. Rechtliches Gehör mit dem Ziel, den Erfolg der Klage zu erreichen, kann er schon deswegen nicht beanspruchen, weil das materielle Recht (§§ 1593 ff. BGB) die Anfechtung der Ehelichkeit ausschließlich zur Disposition des Kindes und des Vaters stellt. Nicht einmal die Mutter, noch viel weniger ein Dritter hat ein schützenswertes Interesse am Erfolg der Klage.

Ob er dagegen zum Verfahren beigelegt werden muß, um den Vater oder das Kind als Beklagten mit dem Ziel der Klageabweisung zu unterstützen, wird teils bejaht,³⁷ teils verneint.³⁸ Die Frage läßt sich nicht allein aus der vor-

35) BVerfG 21, 132 (137); ebenso Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 II; Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 25; Schlosser, JZ 1967, 431 (432).

36) § 640 e ZPO wird allgemein als Ausprägung des rechtlichen Gehörs angesehen, vgl. ter Beck, Festschrift für Mühl, S. 85 (89); Stein-Jonas-Schlosser, 20. Aufl., § 640 e Rdnr. 9; BGH 76, 299 (303).

37) Stein-Jonas-Schlosser, 20. Aufl., § 640e Rdnr. 7; Zöller-Philippi, § 640e Anm. I; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 40. Aufl., § 640e Anm. 1 B; einschränkend aber 41. Aufl., aaO.

38) BGH, NJW 1982, 1652 (1653); Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 31 f. und Festschrift für Schwind, S. 383 (392 f.); ter Beck, Festschrift für Mühl, S. 85 (98 ff.); Roth-Stielow, Rdnr. 84; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 640e Anm.

geschlagenen Abgrenzung des Kreises der Drittbetroffenen entscheiden. Ob der außereheliche Erzeuger die Tatsache, das Kind stamme vom Ehemann der Mutter ab, trotz Nichtbeteiligung am Ehelichkeitsanfechtungsprozeß geltendmachen kann, ist eine Frage der Rechtskraftwirkung des stattgebenden Anfechtungsurteils. Wenn sich seine Rechtskraftwirkung darin erschöpft, daß mit Wirkung inter omnes festgestellt wird, das Kind stamme nicht vom Ehemann der Mutter ab (§ 640 h ZPO), dann liegt allein hierin keine unmittelbare Beeinträchtigung des außerehelichen Erzeugers; es handelt sich nur um eine Statusfeststellung.

Bejaht man dagegen, daß auch die dieser Feststellung notwendig zugrundeliegenden Tatsachen in Rechtskraft erwachsen, daß also der außereheliche Erzeuger an der Behauptung gehindert ist, das Kind stamme vom Ehemann der Mutter ab,³⁹ dann führt dies in der Tat zwangsläufig dazu, den Anspruch des außerehelichen Erzeugers auf Beiladung zu bejahen.⁴⁰ Zwar wird auch dann nicht die Vaterschaft des Dritten rechtskräftig festgestellt, aber doch faktisch, zumindest in den Fällen, in denen - wie nicht selten - kein Vierter in Betracht kommt. Es fehlt aber an einer inneren Rechtfertigung, den außerehelichen Erzeuger mit den Folgen einer in einem fremden Prozeß ergangenen potentiellen Fehlentscheidung zu belasten, auf die er keinen Einfluß nehmen konnte.

Den Vorzug verdient die enge Auslegung des Rechtskraftumfangs, die die Beiladung des außerehelichen Erzeugers entbehrlich macht. Da die Beiladung gesetzlich nicht vorgesehen ist und auch dem System des Zweiparteiprozesses eigentlich fremd ist, stellt sie ohnehin nur eine Notlösung zur Sicherung eines anders nicht sicherbaren verfassungsrechtlichen Anspruchs dar. Es ist nicht Aufgabe des Prozeßgerichts, einen etwa in Frage kommenden Erzeuger von sich aus zu ermitteln;⁴¹ häufig stellt sich auch erst nachträglich heraus, wer in Frage kommt. Wenn aber bereits durch die Auslegung des einfachen Prozeßrechts, hier also des Umfangs der Rechtskraft, erreicht werden kann, daß das problematische Dritthör vermieden wird, so ist diese Lösung vorzuziehen.

39) So OLG München, NJW 1977, 341; ter Beck, Festschrift für Mühl, S. 85 (87); Jauernig-Schlechtriem, §§ 1591-1593 BGB Rdnr. 6 d; a. A. Zeuner, Festschrift für Schwind, S. 383 (386, 392); Erman-Küchenhoff, § 1593 Rdnr. 7; Soergel-Gaul, § 1593 Rdnr. 36; BGH, NJW 1982, 1652 (1653).

40) Inkonsequent daher ter Beck, Festschrift für Mühl, S. 85 (101).

41) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (364).

Rechtliches Gehör für den Drittbetroffenen erweist sich also dann als entbehrlich, wenn er durch Auslegung des Prozeßrechts vor der Urteilswirkung des fremden Prozesses trotz dessen Wirkung inter omnes geschützt werden kann.

b) Klage auf Nichtbestehen einer Ehe⁴²

Wird auf Nichtbestehen einer Ehe geklagt, so entfaltet das Feststellungsurteil in der Regel allseitige Rechtskraftwirkung (§ 638 S. 2 ZPO), wirkt also insbesondere auch gegen die Kinder aus dieser Ehe. Für diese kommt es zu einer unmittelbaren Statusänderung; sie verlieren ihre Rechtsstellung als eheliche und werden zu nichtehelichen Kindern. Ihr Interesse an der Entscheidung ist zwar begrenzter als das ihrer Eltern, dennoch kommt es zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung ihrer Rechtsstellung durch das Urteil, der sie auch nicht entgehen können. Sie haben daher im Prozeß ihrer Eltern Anspruch auf rechtliches Gehör.⁴³

Die Betroffenheit der Kinder kann auch nicht damit verneint werden, daß die Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder der der ehelichen Kinder in wesentlichen Punkten angeglichen worden ist. Aus §§ 1591 I 1, 2. Halbs., 1719 I 2. Halbs. BGB ergibt sich, daß dem Kind der Status des ehelichen Kinds möglichst erhalten werden, die nachträgliche Statusänderung zum nichtehelichen Kind also einen Rechtsnachteil darstellt.⁴⁴

c) Ehenichtigkeitsklage

Auch das auf eine Ehenichtigkeitsklage ergehende Urteil hat Rechtskraftwirkung für und gegen alle (§ 636a ZPO). Dennoch brauchen hier die Kinder nicht angehört zu werden, da ihnen die rechtliche Stellung ehelicher Kinder erhalten bleibt; sie sind vielmehr so gestellt wie nach Scheidung ihrer Eltern (§ 1671 VI ZPO).

Rechtliches Gehör für Drittbetroffene ist aber in zwei Fallgestaltungen erforderlich, die allerdings fast schon etwas skurril genannt werden müssen.

42) S. auch u. 4. zum rechtlichen Gehör von Gläubigern aus Schlüsselgewaltsgeschäften.

43) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (365); Schlosser, JZ 1967, 431 (433) und Stein-Jonas-Schlosser, 20. Aufl., vor § 606 Rdnr. 20; Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 45; Calavros, S. 153 f.; Grunsky, § 25 II; M. Wolf, JZ 1971, 405 (409); a. A. BayObLG 1966, 303 = FamRZ 1966, 639 mit abl. Anm. von Grunsky.

44) S. auch Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 43 f.

Ist die Ehenichtigkeitsklage wegen Bigamie erhoben, dann darf sie nicht ohne rechtliches Gehör des Ehegatten aus der (angeblich) ersten Ehe des Beklagten abgewiesen werden. Andernfalls würde er wegen § 636a ZPO die Möglichkeit verlieren, die zweite Ehe seinerseits wegen Bigamie anzugreifen, ohne vorher gehört worden zu sein.

Bis 1938 sah § 629 I 2 ZPO a.F. ausdrücklich vor, daß in diesem Fall eine Rechtskrafterstreckung ausgeschlossen sei. Mit der Aufhebung dieser Bestimmung dürfte aber keine sachliche Änderung beabsichtigt gewesen sein.⁴⁵

Ähnlich ist es bei der Wiederaufnahmeklage gegen ein der Ehenichtigkeitsklage stattgebendes Urteil. Durch ihren Erfolg wird der Ehegatte aus einer inzwischen eingegangenen zweiten Ehe beeinträchtigt, weil die Zweitehe als Doppelhehe nichtig wäre (§ 20 I EheG).⁴⁶

d) Ehescheidungsverfahren

Wie im Ehenichtigkeitsverfahren haben die minderjährigen Kinder auch im Scheidungsverfahren ihrer Eltern keinen Anspruch auf rechtliches Gehör.⁴⁷ Das konnte nach dem früheren Scheidungsrecht im Hinblick auf § 48 III a.F. EheG zweifelhaft sein, da in dieser Vorschrift eine rechtliche Betroffenheit der Kinder durch die Scheidung ausdrücklich anerkannt war und zum Scheidungshinderungsgrund erhoben wurde; eine vergleichbare Vorschrift enthält das neue Scheidungsrecht nicht. Die Kinder können den Scheidungsfolgen zwar nicht ausweichen, indessen fehlt es an der unmittelbaren Betroffenheit. Die Veränderung ihrer Situation, die faktisch sehr erheblich sein kann, besteht rechtlich nur in einer Änderung des Sorgerechts, also einer Folge der Scheidung, und auch das nur, wenn nicht den Eltern das Sorgerecht gemeinsam übertragen wird;⁴⁸ eine unmittelbare rechtliche Betroffenheit durch den Scheidungsausspruch selbst ist nicht gegeben.⁴⁹

45) Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 47.

46) M. Wolf, JZ 1971, 405 (409); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (365); Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 216. Die Kinder aus der zweiten Ehe haben einen solchen Anspruch dagegen ebensowenig wie bei der Ehenichtigkeitsklage selbst; a. A. Schlosser, aaO.

47) Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 34; Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 182.

48) Das ist möglich; den entgegenstehenden § 1674 IV 1 BGB hat BVerfG, NJW 1983, 101 für verfassungswidrig erklärt.

e) Gesellschaftsrechtliche Auflösungsklagen

Fälle unmittelbarer Drittbetroffenheit gibt es aber nicht nur in familienrechtlichen Statussachen, sondern auch im Gesellschaftsrecht, wenn auf Auflösung der Gesellschaft geklagt wird. Während aber bei den Personenhandelsgesellschaften (§ 133 HGB) das rechtliche Gehör aller Beteiligten durch ihre notwendige Teilnahme am Prozeß als Kläger oder Beklagter⁵⁰ sichergestellt ist, bei der Aktiengesellschaft ein Beschluß der Hauptversammlung erforderlich und daher Kenntnis aller Interessierten an der Durchführung der Auflösung sichergestellt ist (§ 262 AktG), kann die Auflösungsklage nach dem GmbHG durch Klage von Gesellschaftern gegen die Gesellschaft erhoben werden (§ 61 II GmbHG); die Beteiligung der nicht klagenden, aber auch an der Geschäftsführung nicht beteiligten Gesellschafter ist nicht sichergestellt. Dennoch werden sie durch das Auflösungsurteil (§ 61 GmbHG) unmittelbar in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt, ohne dieser Gefahr entgehen zu können, es sei denn, man wollte schon das Unterlassen des Erwerbs der Gesellschafterstellung in einer GmbH als eine solche Möglichkeit ansehen. Daher muß auch den nach dem GmbHG nicht notwendig am Prozeß Beteiligten rechtliches Gehör gewährt werden.⁵¹

f) Fälle materiellrechtlichen Schutzes

Die Notwendigkeit rechtlichen Gehörs für den Drittbetroffenen entfällt dann, wenn dieser bereits materiellrechtlich vor den Urteilswirkungen geschützt ist und daher des Gehörs zur Geltendmachung seiner Rechte nicht bedarf. So schützt § 325 II ZPO den gutgläubigen Erwerber einer streitbefangenen Sache vor der Rechtskraftwirkung des gegen seinen Rechtsvorgänger ergangenen Urteils, §§ 1412 I 2, 1449 II BGB den Dritten, der ein Urteil gegen einen Ehegatten erstritten hat, dagegen, daß er unbekanntermaßen im Güterstand der Gütergemeinschaft oder wider Erwarten nicht mehr in diesem lebt.⁵²

49) Das Problem der Wiederaufnahmeklage stellt sich hier nicht, da gegen Scheidungsurteile nach neuem Scheidungsrecht eine Wiederaufnahme nicht mehr zulässig sein dürfte, vgl. Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 166 V 14 a.

50) Vgl. statt aller Baumbach-Duden-Hopt, § 133 HGB Anm. 2 A.

51) BVerfG 60, 7 (15); zustimmend Schlosser, ZPR, S. 14.

52) M. Wolf, JZ 1971, 405 (408).

Hierher gehörte bis zum 1. EheRG auch der Fall des § 27 EheG, der den gutgläubigen Dritten vor den Folgen der Nichtigkeit einer Ehe schützte, wenn er mit einem der Ehegatten kontrahiert oder gegen ihn ein Urteil erstritten hatte.⁵³ Die Vorschrift hat heute keinen Anwendungsbereich mehr, weil nach § 26 EheG n.F. die Ehenichtigkeit keine Rückwirkung mehr hat.

Zwischen materiellrechtlichem Schutz, der das rechtliche Gehör entbehrlich macht, und der Gewährung rechtlichen Gehörs für den Drittbetroffenen hat der Gesetzgeber die Wahl.⁵⁴ Wegen der Schwierigkeiten, die sich aus dem rechtlichen Gehör für Drittbetroffene ergeben, ist die materiellrechtliche Lösung vorzugswürdig.

g) Fälle materiellrechtlicher Abhängigkeit

Kein Anspruch auf rechtliches Gehör besteht auch in den Fällen, wo die Parteien des anhängigen Prozesses über das materielle Recht disponieren können, das der Dritte geltendmachen will. So rechtfertigt sich die Rechtskraftwirkung des zwischen Vorerben und Gläubiger ergangenen Urteils gegen den Nacherben (§ 326 II ZPO) damit, daß der Nacherbe Verfügungen des Vorerben auch materiellrechtlich gegen sich gelten lassen muß (§§ 2112 ff. BGB) und daher auch prozessual nicht weiter geschützt sein kann.⁵⁵

Ebenso ist es, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Klage eines Abkömmlings aufgehoben wird (§ 1495 BGB). Das stattgebende Urteil wirkt für alle Abkömmlinge, auch wenn sie am Verfahren nicht beteiligt waren (§ 1496 S. 2 BGB). Da der beklagte überlebende Ehegatte auch durch einseitige Erklärung die Gütergemeinschaft beenden könnte (§ 1492 BGB), ohne daß der Abkömmling, der ihre Fortsetzung wünscht, sich dagegen wehren könnte, kann er auch durch die unterbliebene Beteiligung am Prozeß nicht beeinträchtigt werden.⁵⁶

53) Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 41; M. Wolf, JZ 1971, 405 (408).

54) Vgl. hierzu rechtspolitisch Calavros, S. 46 f.

55) M. Wolf, JZ 1971, 405 (408); vgl. auch Walsmann, S. 165 f.; im Ergebnis ebenso Calavros, S. 41 (aber nicht wegen der materiellrechtlichen Abhängigkeit, sondern weil der Nacherbe durch die §§ 2128, 2131 BGB ausreichend geschützt sei).

Nicht anders liegt es bei der Vaterschaftsfeststellungsklage. Das Urteil, das das Bestehen der Vaterschaft feststellt, wirkt auch für den nicht am Prozeß Beteiligten, der die Vaterschaft für sich in Anspruch nimmt, Rechtskraft (§ 641 k ZPO). Auch diese Vorschrift knüpft - als Ausnahme von § 640 h ZPO⁵⁷ - an das materielle Recht an und ist durch dessen Vorschriften gerechtfertigt.

Der Dritte hätte rechtzeitig⁵⁸ anerkennen können und, wenn die wegen § 1600c BGB erforderliche Zustimmung des Kindes nicht zu erlangen gewesen wäre, auf Feststellung der Vaterschaft klagen können. Hat er sich aber nicht um etwaige Folgen seiner Beziehung zur Kindsmutter gekümmert, so kann er wegen der materiellrechtlichen Regelung des § 1600 b III BGB nach erfolgter Anerkennung seine Rechte nicht mehr geltendmachen. Nach dem BGB soll - wie die §§ 1594 ff. ergeben - nicht unter allen Umständen der biologisch richtige Vater festgestellt werden, vielmehr gilt für die Prätendenten allein das Präventionsprinzip. Die Bedenken können sich daher nur gegen die Vereinbarkeit der materiellen Vorschriften mit Art. 6 II GG richten;⁵⁹ das rechtliche Gehör ist nicht tangiert.⁶⁰

Aus demselben Grund bedarf es keiner Beteiligung des nichtverwaltenden Ehegatten bei Gütergemeinschaft am vom alleinverwaltenden Ehegatten geführten Prozeß. Entweder ist nämlich der verwaltende Ehegatte über den Gegenstand des Prozesses Verfügungsbefugt, wie es in der Regel der Fall ist (§ 1422 S. 1 BGB), dann handelt es sich um eine Prozeßführungsbefugnis über ein fremdes Recht, die der nichtverwaltende Ehegatte durch Abschluß des Ehevertrags eingeräumt hat, oder er ist es nicht (Fälle des § 1424 BGB),

56) Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 28; Schlosser, Gestaltungsclagen, S. 181 und JZ 1967, 431 (432); a. A. Calavros, S. 40 mit der Begründung, der nicht-beteiligte Abkömmling sei nicht gehindert, durch Feststellungsklage die Unwirksamkeit der Erklärung nach § 1492 BGB geltendzumachen, wohl aber, sich gegen das Gestaltungsurteil nach § 1495 f. BGB zu wenden. Dabei wird aber übersehen, daß die Feststellungsklage keinen Erfolg haben kann, weil die Aufhebung im Belieben des überlebenden Ehegatten steht.

57) Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 641 k Anm.

58) § 1600 b II BGB gestattet die Anerkennung bereits vor der Geburt des Kindes.

59) So in der Tat Grunsky, StAZ 1970, 248 (254).

60) Roth-Stielow, Rdnr. 83; Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 32 f.; im Ergebnis ebenso Odersky, § 641 k Anm. 2; a. A. Grunsky, StAZ 1970, 248 (254); Stein-Jonas-Schlosser, 20. Aufl., § 641 k Anm.; offen Zöller-Philippi, 13. Aufl., § 641 k Anm. II und Calavros, S. 153.

dann ist der nichtverwaltende Ehegatte von dem Urteil nicht rechtlich betroffen. Das ergibt § 1428 BGB, der andernfalls bedeutungslos wäre.⁶¹

Keinen Anspruch hat ferner ein Dritter bei Gestaltungsclagen um disponible Rechte der Parteien, wenn der Erfolg der richterlichen Gestaltung gleichermaßen durch Vertrag erreicht werden könnte.

So ist es etwa, wenn A dem B seine Forderung auf eine Vertragsstrafe (§ 343 BGB) abtritt, ohne daß der Schuldner C hiervon etwas weiß und nun erfolgreich gegen A mit Rechtskraftwirkung gegen B auf Herabsetzung der Vertragsstrafe klagt. Die Rechtskraftwirkung gegen B (§ 407 II BGB) verletzt diesen nicht in seinem rechtlichen Gehör, da A und C die gleiche Wirkung auch durch einvernehmliche Herabsetzung der Vertragsstrafe hätten erreichen können.⁶²

Lediglich materiellrechtlich sind auch die Nebenwirkungen der Zivilurteile zu Lasten Dritter, die in den §§ 775 I 4 und 1991 III BGB vorgesehen sind.

Nach § 775 I 4 BGB kann der Bürge unter bestimmten Voraussetzungen vom Hauptschuldner Befreiung von der Bürgschaft verlangen, wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein Urteil erwirkt hat; § 1991 III BGB stellt zu Lasten anderer Gläubiger die Verurteilung des Erben zur Befriedigung eines Gläubigers der erfolgten Befriedigung gleich.

Hier verschlechtert das Vorliegen des Urteils nur materiellrechtlich die Position des Dritten; sein rechtliches Gehör ist nicht tangiert.⁶³

Weniger deutlich ist diese materiellrechtliche Abhängigkeit in den Fällen, die von Schwab⁶⁴ als Fälle einer Drittwirkung der Rechtskraft zusammengefaßt worden sind.

Diese Lehre, die oft zu weit interpretiert⁶⁵ und deswegen abgelehnt worden ist,⁶⁶ besagt, daß Dritte den zwischen den Parteien entschiedenen Prozeß insofern gegen

61) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (364); M. Wolf, JZ 1971, 405 (408); a. A. Schlosser, JZ 1967, 431 (433).

62) So mit Recht D. Brüggemann, JR 1969, 361 (364); allgemein auch Schlosser, Gestaltungsclagen, S. 181 f.; a. A. Calavros, S. 40 (Fn. 136).

63) Für § 775 BGB ebenso: M. Wolf, JZ 1971, 405; a. A. Calavros, S. 166 ff. und Schlosser, JZ 1967, 431 (433). Calavros, S. 171 meint, der Dritte müsse zumindest als streitgenössischer Nebenintervenient beitreten können.

64) ZP 77, 124 (146 ff.); vgl. auch Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 157 II.

65) Calavros, S. 173.

sich gelten lassen müssen, als sie nicht eine Rechtsfolge begehren können, die im Widerspruch zur Rechtskraft des ersten Urteils steht. Wohl aber können sie, was oft übersehen wird, das Recht für sich selbst in Anspruch nehmen. Diese Bindung bedeutet aber nicht, daß diesen Dritten dadurch das rechtliche Gehör⁶⁷ versagt würde. In allen Fällen, die in diesem Zusammenhang genannt werden, ist das Recht des Dritten materiellrechtlich abhängig und daher außerhalb des durch Art. 103 I GG geschützten Bereichs.

Verklagt der Gläubiger einer durch Bürgschaft gesicherten Forderung den Hauptschuldner erfolgreich auf Zahlung, so kann wegen der Drittwirkung der Rechtskraft der Bürge nicht mehr behaupten, die Schuld bestehe nicht und wird im gegen ihn geführten Prozeß mit diesen Einwendungen nicht gehört.⁶⁸ Aber diese Abhängigkeit rechtfertigt sich aus der Akzessorietät der Bürgschaft. Der Bürge hat, wie § 767 I 2 BGB beweist, keinen Einfluß darauf, zu welcher Inanspruchnahme aus der Bürgschaft es infolge des – auch schuldhaften – Verhaltens des Hauptschuldners kommt.

Nicht anders ist es, wenn der Hypothekar gegen den persönlichen Schuldner erfolgreich auf Zahlung der Darlehenssumme klagt. Der Eigentümer kann nicht geltendmachen, daß die Forderung nicht bestehe.⁶⁹ Aber das ist eine Folge der Akzessorietät von Forderung und Hypothek; der Eigentümer muß sein Recht beim Schuldner suchen.

Ähnlich liegt der Fall, daß A den B erfolgreich auf Feststellung verklagt, daß er Erbe geworden sei. Ein Nachlaßgläubiger kann sich nicht wegen Nachlaßverbindlichkeiten an B halten. Da aber – wegen der Möglichkeit der Erbschaftslegung (§ 1942 I BGB) – der Nachlaßgläubiger schon materiellrechtlich keinen Einfluß darauf nehmen kann, wer Erbe wird, kann ihm auch das rechtliche Gehör nicht dadurch versagt sein, daß der Erbprätendentenstreit falsch entschieden ist.

Ein Grenzfall materieller Abhängigkeit ist der Erwerb einer streitbefangenen Sache in Kenntnis des Prozesses.⁷⁰ Der Erwerber ist nach der gesetzlichen

66) Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 52; Schlosser, Gestaltungsclagen, S. 189; A. Blomeyer, ZJP 75, 1 (7 f.); Calavros, S. 173 ff.; Huber, JuS 1972, 621 (625 Fn. 28); Stein-Jonas-Schumann-Leipold, 19. Aufl., § 325 Anm. VI 3 b aa; Grunsky, § 47 VI 2 d; so auch bereits BGH 3, 385 (388 ff.); relativierend Zöller-Vollkommer, 13. Aufl., § 325 Anm. I 2; offen Zeiss, § 72 V; zustimmend dagegen Martens, ZJP 79, 404 (429).

67) Im folgenden werden nur einige wenige Beispiele behandelt; weitere Fälle bei Schwab, ZJP 77, 124 (146 ff.).

68) Rosenberg-Schwab, § 157 II 1; a. A. BGH 3, 385 (390).

69) Rosenberg-Schwab, § 157 II 1; a. A. BGH 3, 385 (390 f.).

70) Bei höchstens einfach fahrlässiger Unkenntnis liegt schon ein Fall materiellrechtlichen Schutzes vor (§ 325 II ZPO).

Regelung des § 265 II 3 ZPO gehindert, dem Prozeß als streitgenössischer Nebenintervenient beizutreten; er erlangt dadurch, weil er den Beschränkungen des § 67 ZPO unterworfen ist, kein unbeschränktes Äußerungsrecht. Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Anspruch des Erwerbers auf rechtliches Gehör wird teils bejaht,⁷¹ teils bestritten.⁷²

Die bejahende Meinung kann man allerdings nicht damit begründen, daß es sich um die sachgerechte Lösung eines Widerstreits zwischen rechtlichem Gehör und Schutz der Rechtsstellung des Prozeßgegners handle.⁷³ § 265 II 3 ZPO erschiene dann nämlich als eine echte Ausnahme vom rechtlichen Gehör, was nicht gebilligt werden könnte.⁷⁴

Das rechtliche Gehör für den Erwerber ist vielmehr deshalb entbehrlich und darf darum auch von § 265 II 3 ZPO eingeschränkt werden, weil es sich um das prozessuale Korrelat zur materiellrechtlichen Regelung der Rechtsnachfolge handelt. Sie stellt einen Ausgleich zwischen den Parteien, nicht in ihrem Verhältnis zum Gericht dadurch her, daß der Veräußerer für die Prozeßführung zuständig bleibt und der Erwerber das erwirbt, was nach rechtskräftigem Abschluß des Prozesses zwischen dem Veräußerer und seinem Gegner festgestellt wird. Dieser Interessenausgleich ist ein solcher des materiellen Rechts und liegt außerhalb des Bereichs, in dem rechtliches Gehör gewährleistet ist.⁷⁵

Pawlowski⁷⁶ hat diese Überlegung damit angegriffen, daß es sich bei den §§ 265, 325 ZPO nicht um eine materiellrechtliche, sondern um eine prozessuale Regelung handle und postuliert, es liege deshalb ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör vor, weil dem Rechtsnachfolger durch das Urteil gegen den Veräußerer ein Recht entzogen werde, das er nach den Regeln des materiellen Rechts bereits wirksam erworben habe, und zwar auf Grund von Handlungen des Veräußerers, die dieser nach Vollzug der Veräußerung vorgenommen habe, ohne daß ihn das materielle Recht dazu ermächtige.

Hierin dürfte aber eine Überbewertung der Einordnung der §§ 265, 325 in die ZPO liegen. Diese prozessualen Normen sind vor allem auch Ergänzungen der

71) Grunsky, FamRZ 1966, 642 (Fn. 6) und Veräußerung, S. 11; Stein-Jonas-Pöhle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 2 a; Zeuner, Festschrift für Nipperdey, S. 1013 (1039) und Rechtliches Gehör, S. 26 f.; Schlosser, Gestaltungs-klagen, S. 181, 218; M. Wolf, JZ 1971, 405 (408); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (364); unentschieden Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 103 III 2 und Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 265 Anm. 4 a.

72) Pawlowski, JZ 1975, 681 (682); Calavros, S. 38, 68 ff.

73) So aber Schwartz, S. 78; ähnlich schon Francke, S. 97: die streitgenössische Nebenintervention sei "mit gutem Grunde" ausgeschlossen, sonst würde der Zweck des § 236 CPO (jetzt § 265 ZPO), die Veräußerung streitbefangener Gegenstände zwar nicht zu hindern, aber ohne Einfluß auf die Rechtslage des Gegenteiles zu lassen, keine Verwirklichung gefunden haben.

materiellrechtlichen Regelung; der Ausschluß des Erwerbs der streitbefangenen Sache, wenn der Erwerber vom anhängigen Prozeß weiß, könnte ebenso gut im BGB geregelt sein.

Unrichtig ist es auch, wenn hier ein Konflikt zwischen effektivem rechtlichem Gehör des Prozeßgegners und dem Eintritt des Erwerbers in den Prozeß damit gelegnet wird, die Stellung des Gegners werde durch die Zulassung des Erwerbers als streitgenössischer Nebenintervenient nicht verschlechtert.⁷⁷

Wenn man dem nicht folgen will, läßt sich die Zulässigkeit der Gewährung nur unvollkommenen rechtlichen Gehörs an den Erwerber auch noch dadurch stützen, daß er der Rechtsbeeinträchtigung auch in anderer zumutbarer Weise entgehen konnte. Wegen § 325 II ZPO tritt die Rechtskraftwirkung zu seinen Lasten nur dann ein, wenn er sich vor dem Erwerb über die Streitbefangeneheit der Sache vergewissert hat oder doch leicht hätte vergewissern können; wenn er das damit verbundene Risiko nicht übernehmen wollte, konnte er den Erwerb unterlassen.⁷⁸

Beim Erwerb von Forderungen gibt es allerdings keinen Gutglaubensschutz. Hier dürfte es sich aber zweifelsfrei um eine Frage des materiellen Rechts handeln; der Erwerber einer Forderung weiß, daß er nur dann etwas erwirbt, wenn die Forderung besteht und daß als Mittel, das Bestehen festzustellen, der Prozeß zwischen dem Zedenten und dem Schuldner vorgesehen ist.

Selbst wenn man freilich einen Anspruch des Erwerbers auf Gehör bejahen wollte, würde die Zulassung der streitgenössischen Nebenintervention das

74) S. o. § 15 II 1.

75) Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 26 f.; ablehnend Schwartz, S. 77.

76) JZ 1975, 681 (682).

77) So Calavros, S. 69; insofern richtig Schwartz, S. 78. Es trifft sicher zu, daß seine Stellung nicht schlechter wäre, als wenn die Regelung des § 265 ZPO überhaupt nicht existierte und der Erwerber in den Prozeß einzutreten hätte (Pawlowski, JZ 1975, 681, 684), aber das ist eben nicht der richtige Vergleichsmaßstab.

78) So mit Recht M. Wolf, JZ 1971, 405 (408).

Problem nur teilweise lösen: Sie nutzt nämlich nichts, wenn der Erwerber nicht oder nicht rechtzeitig von dem anhängigen Prozeß erfährt, um noch auf ihn Einfluß nehmen zu können. Wenn er aber einen Anspruch auf rechtliches Gehör hätte, dann müßte dies unabhängig von dieser Kenntnis gelten, und nicht nur § 265 II 3 ZPO, sondern die gesamte Regelung des § 265 ZPO wäre mit Art. 103 I GG unvereinbar.⁷⁹

Nach der hier vertretenen Meinung hat aber der Erwerber ebenso wenig rechtliches Gehör wie die Partnergesellschaft im Verfahren über die Anfechtungsklage gegen den Hauptversammlungsbeschluß der Aktiengesellschaft, durch den die Fusion mit ihr beschlossen worden ist (§ 340 AktG). Die Fusion ist materiellrechtlich ins Belieben der Partnergesellschaft gestellt, und sie muß damit rechnen, daß die Aktionäre der Aktiengesellschaft von den Anfechtungsmöglichkeiten Gebrauch machen. Wenn ihr dieses Risiko zu groß ist, mag sie die Fusion unterlassen.⁸⁰

Aus der Tatsache, daß die streitgenössische Nebenintervention bei der Veräußerung eines Warenzeichens nach Erhebung der Löschungsklage ausdrücklich zugelassen ist (§ 11 III 2 WZG), kann nichts gegen die hier vertretene Meinung entnommen werden.⁸¹ Natürlich kann der Gesetzgeber auch Dritten Gehör gewähren, die keinen verfassungsrechtlichen Anspruch darauf haben; es handelt sich dabei um Fragen der zweckmäßigen Ausgestaltung des Verfahrens. Dasselbe ist zu den von Calavros⁸² genannten Regelungen des österreichischen, italienischen und griechischen Rechts zu sagen.

4. Eingrenzungen aus der Bedeutung des Hauptprozesses

Die hier vorgeschlagene Eingrenzung des Kreises der Drittbetroffenen dürfte, wie die Darstellung der Einzelfälle gezeigt hat, in den meisten Fällen zu konsensfähigen Ergebnissen führen. Dennoch bedarf sie noch nach einer Richtung der Einschränkung, wie die folgenden Fallgestaltungen zeigen.

79) Diese Konsequenz ist aber, soweit ich sehe, bisher nicht gezogen worden.

80) M. Wolf, JZ 1971, 405 (408); a. A. Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 182, 216 und JZ 1967, 431 (433); D. Brüggemann, JR 1969, 361 (364).

81) A. A. Calavros, S. 38.

82) Calavros, S. 70 (Fn. 109).

Unmittelbar betroffen von einem der Klage auf Nichtbestehen der Ehe stattgebenden Urteil sind auch die Gläubiger aus Geschäften eines Ehegatten, die nach § 1357 I 2 BGB erwarten konnten, im anderen Ehegatten einen weiteren Schuldner zu haben und nun durch das Feststellungsurteil in ihren Erwartungen enttäuscht werden. Nach der vorgeschlagenen Abgrenzung müßten sie rechtliches Gehör im Eheaufhebungsverfahren haben.

Unmittelbar betroffen sind von dem einer Klage auf Feststellung der Erbunwürdigkeit stattgebenden Urteil auch die Nachlaßgläubiger, wenn ihnen der Erbunwürdige bereits unbeschränkt haftet.⁸³ Sie verlieren durch den Erfolg der Klage die unbeschränkte Haftung und müßten ebenfalls rechtliches Gehör haben.

Für beide erörterten Fälle ist tatsächlich eine Beteiligung der Gläubiger gefordert, ihre Nichtanhörung als Verstoß gegen das rechtliche Gehör angesehen worden.⁸⁴

Diese Ansicht erscheint jedoch unbefriedigend: In beiden Fällen handelt es sich um Träger engbegrenzter Interessen, die regelmäßig zum Hauptprozeß auch gar nichts Sachdienliches beisteuern können außer ihrem Ziel, die Abweisung der Klage zu erreichen. Es geht nur um einzelne vermögensrechtliche Ansprüche, die zudem durch die ergehenden Entscheidungen nicht aberkannt werden. Im ersten Fall verliert der Gläubiger lediglich einen seiner beiden Schuldner und behält den Anspruch auf die ganze Summe, im zweiten Fall verliert er lediglich das Privatvermögen des Erbunwürdigen als weitere Haftungsmasse.⁸⁵ Hier darf das rechtliche Gehör der Hauptparteien in Angelegenheiten, die für sie von großer Bedeutung sind, nicht durch das Beteiligungsrecht Dritter mit einem

83) Ob dieses Urteil gegenüber den Nachlaßgläubigern wirkt, ist eine besonders in der älteren Literatur vielbehandelte Frage (vgl. Nicklisch, S. 19), auf die im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden kann; sie läßt sich jedenfalls mit guten Gründen bejahen.

84) Für die Gläubiger aus Schlüsselgewaltgeschäften: Schlosser, JZ 1967, 431 (432 f.); für die Nachlaßgläubiger: Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 215 und JZ 1967, 431 (433) sowie Brox, FamRZ 1963, 392 (397), der allerdings einen Verstoß gegen Art. 19 IV GG annimmt, weil der Nachlaßgläubiger weder materiellrechtlich noch prozessual geschützt sei.

85) Für die Gläubiger aus Schlüsselgewaltgeschäften: Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 40; für die Nachlaßgläubiger M. Wolf, JZ 1971, 405 (409); im Ergebnis - ohne Erwähnung des rechtlichen Gehörs - ebenso Nicklisch, S. 171 f., weil der Nachlaßgläubiger keinen Anspruch darauf habe, daß der vorläufige Erbe auch Erbe bleibe.

ganz begrenzten Interesse beeinträchtigt werden; vielmehr müssen diese Dritten die Abhängigkeit ihrer Rechtsstellung von einer Statusentscheidung hinnehmen.⁸⁶

III. Die Form der Beteiligung Drittbetroffener

Wie die Beteiligung eines nach den entwickelten Kriterien zu hörenden Drittbetroffenen zu erfolgen hat, ist eine Frage, um deren Klärung man sich wegen der relativen Seltenheit solcher Fälle bisher wenig bemüht hat. Voraussetzung jeder Beteiligung ist dabei, daß entweder der Drittbetroffene von sich aus vom Prozeß erfährt oder sich für das Gericht ergibt, daß ein Drittbetroffener vorhanden sein muß.

1. Beteiligung durch Nebenintervention

Erfährt der Drittbetroffene selbst von dem Prozeß, dessen Ergebnis seine Rechte beeinträchtigen kann, was insbesondere durch Mitteilung einer Partei geschehen wird, bietet sich als Mittel, ihm Gehör im Verfahren zu verschaffen, zunächst die von der ZPO vorgesehene Nebenintervention an. Das Institut der Nebenintervention ist aber zur Vermittlung vollen rechtlichen Gehörs nicht geeignet.⁸⁷

Für die einfache Nebenintervention ergibt sich das schon aus § 67 ZPO, wonach sich der Nebenintervenient nicht in Widerspruch zu der von ihm unterstützten Hauptpartei setzen darf. Aber auch der streitgenössische Nebenintervenient muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, wie er ihn vorfindet.⁸⁸

Hat beispielsweise bereits eine Beweisaufnahme stattgefunden, so kann er nicht deshalb ihre Wiederholung beanspruchen, weil er zum Zeitpunkt der Beweiserhebung noch nicht am Prozeß beteiligt war. Auch die streitgenössische Nebenintervention vermittelt daher kein volles Gehör.

86) Gegebenenfalls erwirbt er sogar einen Ersatz in Form eines Anspruchs aus § 826 BGB, wenn der Erbunwürdige den Prozeß nachlässig geführt hat.

87) A. A. Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV a 3.

88) Vgl. statt vieler Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 47 V 2 a.

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man mit einer neuerdings in der Literatur vertretenen Meinung die Beschränkung des § 67 ZPO nur insoweit anwendet, als sie dem streitgenössischen Nebenintervenienten nicht das rechtliche Gehör verkürzt.⁸⁹

2. Beiladung des Drittbetroffenen

Weiß der Drittbetroffene nicht, daß ein Verfahren anhängig ist, in dem ihm eine Rechtsbeeinträchtigung droht, so nutzt ihm jedoch die Möglichkeit, als Nebenintervenient beizutreten, nichts, gleichgültig, welche Rechte man ihm nach erfolgtem Beitritt einräumt. Hier muß das Gericht tätig werden, wenn es das Vorhandensein und die Person des Drittbetroffenen kennt oder durch die Parteien ermitteln kann. Ein Vorbild für die Beteiligung des Drittbetroffenen enthält die Beiladungsvorschrift des § 640e ZPO, der insbesondere der Mutter das rechtliche Gehör im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß sichert.⁹⁰ Diese Regelung dürfte auch für die übrigen Fälle, in denen ein Drittbetroffener zu Gehör kommen muß, geeignet sein.⁹¹

Das Gericht muß den Drittbetroffenen daher unter Zustellung der Klage von Amts wegen zur Verhandlung laden und ihm anheimgeben, dem Prozeß als streitgenössischer Nebenintervenient beizutreten.⁹² Die Befürchtung, dies sei mit dem System des Zivilprozesses nicht vereinbar,⁹³ ist durchaus unbegründet. Zwei weitere derartige Fälle sind in der ZPO positiv geregelt: Die Anfechtungsklage gegen die Entmündigung erfordert die Ladung des Antragstellers zum Termin (§ 666 III ZPO), die Klage eines Pfändungspfandgläubigers gegen den Drittschuldner die Ladung der anderen Gläubiger (§ 856 III ZPO).

Allerdings wird die überwiegende Meinung zu § 640 e ZPO den Anforderungen, die an eine effektive Gewährung des Gehörs für den Drittbetroffenen zu stellen

89) Befürwortet von Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 209 und Calavros, S. 45; ähnlich schon Walsmann, S. 123 f.

90) S. o. II 3 a.

91) Das deutet bereits Bettermann, JZ 1962, 675 (677) an; vgl. auch bereits - allerdings ohne Hinweis auf das rechtliche Gehör - Graßhoff, ZZP 60, 242 (257 ff.); a. A. Stahl, S. 157 f., aber ohne überzeugende Begründung.

92) Ebenso Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 211. BVerfG 60, 7 (15) verlangt, den Dritten zumindest von der Klageerhebung in Kenntnis zu setzen.

93) So Stahl, S. 157.

sind, nicht voll gerecht. Überwiegend wird eine einmalige Ladung für ausreichend gehalten, erfolge kein Beitritt, sei eine weitere Ladung nicht erforderlich.⁹⁴ Rich- tigerweise muß der Dritte aber fortlaufend vom Verfahren unterrichtet und zu den weiteren Terminen geladen werden, damit er beurteilen kann, ob und wann ein Beitritt für ihn erforderlich ist.⁹⁵ Ist die Beiladung nicht zu Beginn des Ver- fahrens erfolgt, etwa, weil der Drittbetroffene zu diesem Zeitpunkt dem Gericht noch nicht bekannt war, dann kann er, um volles Gehör zu erhalten, nicht an die Verfahrensergebnisse gebunden werden; vielmehr ist das Verfahren, wenn nötig, zu wiederholen.⁹⁶

IV. Die Folgen der Nichtbeteiligung

Eine schwierige und bisher kaum geklärte Frage ist es auch, welche Folgen sich daraus ergeben, daß einem nach den hier vorgeschlagenen Kriterien zu hörenden Drittbetroffenen das rechtliche Gehör versagt bleibt. Dabei werden die Fälle selten sein, in denen einer Person, die um die Gewährung von Gehör gebeten hat, dieses verweigert worden ist; meist erfährt der Drittbetroffene nichts von dem Prozeß und hat daher gar nicht die Möglichkeit, um Gehör nachzusuchen.

Teilweise wird gesagt, ein solches Urteil wirke nicht gegenüber den nicht Ge- hörten, habe also ihnen gegenüber keine Gestaltungs- oder Feststellungswirkung; es gelte aber im übrigen, insbesondere unter den Parteien.⁹⁷

Diese Auffassung kann sich auf die im Verwaltungsprozeß herrschende Meinung stützen, bei unterbliebener notwendiger Beiladung wirke das Urteil nicht gegen- über dem nicht Beigeladenen.⁹⁸ Im Zivilprozeß wird für § 666 III ZPO die Auf- fassung vertreten, das Urteil wirke nicht gegenüber dem nicht geladenen Antrag- steller,⁹⁹ und § 856 V ZPO sieht als Folge der unterbliebenen Beiladung der übrigen Gläubiger ausdrücklich vor, daß sich der Drittschuldner ihnen gegen- über auf das ihm günstige Urteil nicht berufen könne.

94) Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 640e Anm.; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hart- mann, 41. Aufl., § 640e Anm. 1 A; Odersky, § 640e Anm. 3.

95) Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 212. Auch für § 856 wird eine solche Not- wendigkeit freilich geleugnet, vgl. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 856 Anm. 3; Stein-Jonas-Münzberg, 19. Aufl., § 856 Anm. II.

96) Für § 640e ZPO: Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 640e Anm.; Odersky, § 640e Anm. 2; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 640e Anm. 2.

97) Grunsky, § 25 II 4 und FamRZ 1966, 642 (643 f.); Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 50 f. Das ist übrigens auch die Folge des Dritteinspruchs (tierce opposition) im französischen und belgischen Recht, vgl. für Frankreich Vincent, no. 644 ff.

Gegenüber dieser Ansicht sind schwerwiegende Bedenken erhoben worden: Es sei undenkbar, daß Prozeßparteien beispielsweise gegenüber allen als verheiratet gelten würden, aber nicht gegenüber dem fehlerhafterweise nicht Gehörten. Hier gebe es nur ein Entweder-Oder. Das Urteil müsse daher ganz oder gar nicht beseitigt werden; die nicht Gehörten müßten es mit Rechtsmitteln oder notfalls mit der Verfassungsbeschwerde angreifen.¹⁰⁰ Das BVerfG hat in den beiden Fällen, in denen es bisher mit nicht gehörten Drittbetroffenen befaßt war, den Verfassungsbeschwerden stattgegeben.¹⁰¹

Richtig erscheint mir demgegenüber eine vermittelnde Lösung, die die Besonderheiten der einzelnen Verfahren berücksichtigt. Die Beseitigung der Entscheidung durch Verfassungsbeschwerde ist dann das angemessene Mittel, wenn das Urteil auch unter den Parteien sinnlos geworden ist und sie kein Interesse mehr an seinem Bestand haben.

So ist es etwa bei den Auflösungsklagen gegen eine GmbH oder eine Personengesellschaft. Unterbleibt hier die Anhörung eines Gesellschafters, so kann, wenn die Klage Erfolg hat, die Gesellschaft nicht im Verhältnis zu dem übergangenen Gesellschafter fortbestehen, im übrigen aber aufgelöst sein.

In den Fällen, in denen sich die Wirkungen des Urteils inter partes und zum Dritten aber trennen lassen, ist nicht ersichtlich, warum das Urteil auch für die Parteien nicht mehr gelten soll, obwohl sie das wollen und sich entsprechend eingerichtet haben.

So ist es etwa im Fall unterbliebenen Gehörs der Kinder bei der Klage auf Nichtbestehen der Ehe ihrer Eltern. Hier kann den Kindern der Status des

98) Eyermann-Fröhler, § 65 VwGO Rdnr. 41; Aumüller, S. 43; OVG Münster, OVGE 4, 28; VGH Kassel, VerwRspr. 8, 889 (892).

99) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 666 Anm. 2. Gerade hier erscheint diese Ansicht aber besonders problematisch: Sollen etwa die Geschäfte des jetzt wieder Mündigen gegenüber dem Antragsteller unwirksam sein?

100) Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 220 ff. und JZ 1967, 431 (436 f.) sowie Stein-Jonas-Schlosser, 20. Aufl., vor § 606 Rdnr. 20; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (365 Fn. 37); Calavros, S. 155 f., 178; für § 640e auch Zölle-Philippi, 13. Aufl., § 640e Anm. II 2.

101) BVerfG 21, 132 und 60, 7.

ehelichen Kinds erhalten werden, ohne das Urteil aufzuheben, wenn man davon ausgeht, es wirke ihnen gegenüber einfach nicht. Die Aufhebung des Urteils wäre zuviel des Guten und würde nur zu neuen Komplikationen führen, wie in dem vom BayObLG¹⁰² entschiedenen Fall, wo die Folge einer Aufhebung gewesen wäre, daß nun ein Ehegatte in bigamischer Ehe gelebt hätte.

102) BayObLG 1966, 303.

Fünfter Teil

DIE VERLETZUNG DES ANSPRUCHS AUF RECHTLICHES GEHÖR

§ 18. Folgen im Zivilprozeß

Der weite Umfang des Rechts auf Gehör ist verantwortlich für die Vielzahl der Fallgestaltungen, in denen es verletzt sein kann. In diesem Fall ist nach den Folgen zu fragen, die sich aus einer Verletzung des Anspruchs ergeben. An erster Stelle stehen hier die Folgen im Zivilprozeß; erst wenn in diesem Rahmen keine Abhilfe mehr möglich ist, muß nach den Möglichkeiten des BVerfG im Verfassungsbeschwerdeverfahren gefragt werden.

I. Keine Nichtigkeit der Entscheidung

Wird einem Beteiligten das rechtliche Gehör nicht gewährt, so leidet die ergehende Entscheidung an einem Fehler. Fehlerhafte Entscheidungen sind teils anfechtbar, teils nichtig. Es ist daher zu untersuchen, ob die Versagung rechtlichen Gehörs zur Nichtigkeit der ergehenden Entscheidung führt.

1. Historisches

Im römischen Zivilprozeß wurde die ohne ordnungsgemäße Ladung und damit ohne Gehör des Beklagten gefällte Entscheidung für nichtig angesehen; für die Geltendmachung der Nichtigkeit bedurfte es keines besonderen Rechtsmittels.¹

Im 12. Jahrhundert entwickelte sich, nachdem sich bereits vorher die Unterscheidung zwischen nichtigen und nur ungerechten Urteilen durchgesetzt hatte, das selbständige Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde. Grundsätzlich mußten hiernach alle Nichtigkeitsgründe durch ein besonderes Rechtsmittel geltendgemacht werden. Jedoch konnte sich der römischrechtliche Begriff der Nichtigkeit insoweit durchsetzen, als das Fehlen bestimmter, für jede Entscheidung notwendiger Merkmale zur "exceptio nullitatis" berechnete. Die Nichtigkeitsbeschwerde war dann gegeben, wenn das Urteil "in so hohem Grade Verletzung der Rechte" war, daß "ihm die Wesenheit des gerichtlichen Verfahrens und also die richterliche Reflexion mangelte".² Ein solcher unheilbarer Mangel (defectus insanabilis) des Verfahrens aus der Klasse der defectus ex substantialibus processus war auch der Mangel der Ladung einer Partei und damit des durch sie vermittelten Gehörs,³ allerdings nicht alle Fälle einer sonstigen Verletzung

1) Bethmann-Holweg, II S. 723 f.

2) Ahorner v. Ahornrain, S. 3.

3) Skedl, S. 104; Wetzell, S. 806; Ahorner v. Ahornrain, S. 14.

des Grundsatzes.⁴ Die Nichtigkeit trat nicht nur bei einer gänzlichen Entziehung, sondern auch bei der bloßen Verkürzung des rechtlichen Gehörs (z. B. während eines Prozeßabschnitts) ein.⁵ Die Frist für die Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde betrug - im Gegensatz zur sonstigen zehntägigen Anfechtungsfrist - dreißig Jahre.⁶

Bei diesem Grundsatz blieb es bis zum Ende des gemeinen Rechts. Noch die letzte Kodifikation, der Jüngste Reichsabschied von 1654, enthält in § 122 die Vorschrift:⁷

"Bey denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters, oder der Parthey, oder aus den substantialibus des Processus nach sich führen, verbleibt es bei der Disposition der gemeinen Rechten."

2. Geltendes Recht

Dagegen führt heute die Versagung des rechtlichen Gehörs nicht zur Nichtigkeit und damit Rechtskraftunfähigkeit der auf ihr beruhenden Entscheidung; vielmehr ist die Erhebung der Rüge an die gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren gebunden.⁸

Die Versagung des rechtlichen Gehörs ist den Fällen, die heute als Fälle wirkungsloser Entscheidungen anerkannt sind (Fehlen deutscher Gerichtsbarkeit, Ausspruch einer unmöglichen Rechtsfolge, Verurteilung einer nichtexistierenden Partei, Entscheidung nach Klagerücknahme)⁹ nicht zu vergleichen, und es besteht auch kein Bedürfnis hierfür, da nur in einem gerichtlichen Verfahren, also auf einen Rechtsbehelf hin, festgestellt werden kann, ob tatsächlich eine solche Verletzung vorliegt.¹⁰

4) Bayer, S. 1093 f.

5) Bolgiano, S. 39.

6) Bayer, S. 1095; Ahorner v. Ahornrain, S. 21 f.

7) Text bei Ahorner v. Ahornrain, S. 35.

8) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 V 1; Henckel, ZJP 77, 321 (322 f.); Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 84; Jansen, S. 29 (Fn. 76); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 27; Schultze-Rhonhof, S. 105; Bolgiano, S. 39 (Fn. 4); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 3 b; Eser, JZ 1966, 660 (662 Fn. 34); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 16; Löwe, S. 461; Rüping, S. 192 und BK, Rdnr. 92; Schlosser, Gestaltungsklagen, S. 197; Wurzer, S. 19 f.; Seetzen, NJW 1982, 2337 (2340); Rumpel, S. 157; Säcker, Rpfleger 1971, 161 (164); LG Lüneburg, MDR 1949, 767 (768); OLG Stuttgart, JZ 1966, 683; OLG Celle, MDR 1967, 943 (944); BayVerfGH, Rpfleger 1964, 12 (13); a. A. noch die Strafprozeßlehre um die Jahrhundertwende (Nachweise bei Rüping, S. 192).

9) Vgl. zu diesen und weiteren Fällen wirkungsloser Urteile Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 61 IV 2.

10) Henckel, ZJP 77, 321 (323).

Diese Ansicht ist heute unbestritten. Zwar meint das OLG Frankfurt¹¹ beiläufig, ein Verfahren, in dem das rechtliche Gehör gefehlt habe, sei "kein Zivilprozeß", will damit aber nicht Nichtigkeit, sondern Anfechtbarkeit trotz entgegenstehender gesetzlicher Regelung ausdrücken.¹² Das ergibt sich auch schon daraus, daß die Verfassungsbeschwerde eröffnet ist, die ansonsten sinnlos wäre, weil ein nichtiges Urteil keines Angriffs bedarf.¹³

Dagegen ist im österreichischen Recht eine Entscheidung, die unter Verletzung des rechtlichen Gehörs ergangen ist, nichtig (§ 477 I Nr. 4 österrZPO).¹⁴ Der Nichtigkeitsgrund muß aber durch Rechtsmittel geltendgemacht werden, so daß er einem absoluten Rechtsmittelgrund vergleichbar ist.

Die Verletzung des rechtlichen Gehörs ist (nur) ein Verfahrensfehler, der dann mit den üblichen Rechtsmitteln gerügt werden kann, wenn sich eine Beschwerde daraus ergibt.¹⁵ Ein Rechtsmittel kann daher keinen Erfolg haben, wenn der Beklagte zum Termin nicht geladen wurde, der Kläger aber wegen Unschlüssigkeit der Klage durch unechtes Versäumnisurteil abgewiesen worden ist,¹⁶ oder wenn vor der Ablehnung eines Aussetzungsantrags der Gegner nicht gehört wurde.¹⁷

II. Heilung des Mangels

Da die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht zur Nichtigkeit der Entscheidung führt, ist auch eine Heilung des Fehlers möglich.

1. Heilung in derselben Instanz

Als Folge davon, daß nur die Gelegenheit zur Äußerung vom Recht auf Gehör gefordert ist,¹⁸ kann eine Verletzung durch ausdrücklichen oder stillschweigenden

11) OLG Frankfurt, NJW 1962, 449 (450); vgl. auch Peters, 1. Aufl., § 54 I 2.

12) Es handelte sich um die Beschwerde gegen einen wegen § 281 II 1 ZPO unanfechtbaren Verweisungsbeschluß, der ohne rechtliches Gehör ergangen war, vgl. dazu u. § 20 II 2 a.

13) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 61 IV 1.

14) Holzhammer, S. 134.

15) BGH 31, 43 (47); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 82; Henckel, ZJP 77, 321 (322); A. Blomeyer, ZPR, § 16 IV 1; Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A 1 1; W. Bernhardt, § 23 IV; Jansen, S. 27; Grunsky, § 25 III 1; Zeiss, § 32 III 1; Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 3 d; Baur, ZPR, Rdnr. 52 und AcP 153, 393 (411); Goldschmidt, § 66, 2 (Fn. 15).

16) A. Blomeyer, ZPR, § 16 IV 1.

17) Henckel, ZJP 77, 321 (324).

Rügeverzicht nach § 295 ZPO geheilt werden. Wenn es der Partei freisteht, von der gewährten Äußerungsmöglichkeit keinen Gebrauch zu machen, muß sie das selbe Ergebnis auch durch Unterlassen der Rüge, ihr sei kein Gehör gewährt worden, herbeiführen können.¹⁹

Die Frage hat nur ausnahmsweise praktische Bedeutung. Nicht richtig ist es aber, wenn Henckel²⁰ behauptet, die Ergebnisse würden sich stets gleichen, weil derjenige, der sich erfolglos Gehör zu verschaffen suche oder nicht wisse, daß er zu einem bestimmten Punkt kein Gehör erhalten habe, nicht verzichte, während der, der es erkenne und sich nicht äußere, in seinem Anspruch nicht verletzt sei. Wird der Partei nämlich durch ein Versehen des Gerichts ein gegnerischer Schriftsatz nicht mitgeteilt, erfährt sie aber - etwa durch Akteneinsicht - zufällig von diesem Vortrag, so ist sie zwar in ihrem Gehörsrecht verletzt; unterläßt sie es aber, daraufhin Stellung dazu zu nehmen, obwohl ihr das noch rechtzeitig möglich wäre, so ist nach der hier vertretenen Ansicht der Mangel geheilt.²¹

2. Heilung in der Rechtsmittelinstanz

Es entspricht der ganz überwiegenden Meinung, daß eine Heilung einmal verletzten Gehörs auch dadurch möglich ist, daß in der Berufungs- und Beschwerdeinstanz eine Äußerungsgelegenheit gewährt wird. Ist dies geschehen, so kann eine Verfassungsbeschwerde gegen das Berufungsurteil oder die Beschwerdeentscheidung keinen Erfolg haben.²²

18) S. o. § 7 VI 1.

19) Baur, ZPR, Rdnr. 52; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 295 Anm. 3 a; Zeiss, § 32 III 1; BVerwG 8, 149 (150); a. A. Kenneweg, S. 39; RG 93, 152 (155); OLG Frankfurt, NJW 1962, 449 (450): die Vorschrift gehöre zu den nach § 295 II unverzichtbaren Voraussetzungen.

20) ZJP 77, 321 (340 ff.).

21) Ebenso D. Brüggemann, JR 1969, 361 (366); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 63 f.

22) BVerfG 5, 9 (10); 5, 22 (24); 8, 184; 22, 282 (286 f.); BayVerfGH 10, 1 (3); 12, 127 (129); 15, 5 (7) und 8 (13 f.); 32, 142 (144); BayObLG 1958, 257 (263); BGH, NJW 1975, 1652; BPatG, GRUR 1977, 679; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 IV 2; Jauernig, 19. Aufl., § 29 III; Zeiss, § 32 III 1; Schönke-Kuchinke, § 8 III 4; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 83; v. Münch-Rauball, Art. 103 Anm. 6; Giese-Schunck, Art. 103 Anm. II 1; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 93; Hamann, Art. 103 Anm. B 2 a und AnwBl. 1958, 141 (148); Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 525 Anm. IV 3; Stein-Jonas-Pohle, vor § 128 Anm. IX 3 a; Eyermann-Fröhler, § 108 VwGO Rdnr. 12; Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 f aa; Stehmann, S. 102; Grünwald, S. 56; Koeniger, S. 245; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 21; Ule, DVBl. 1959, 537 (541); Pfeiffer, S. 216; Jansen, S. 28; Dahs, S. 124; Behrendt, S. 28; Benda-Weber, ZJP 96, 285 (302); Zeller-Stöber, § 1 Rdnr. 58;

Im strengen Sinne handelt es sich hier natürlich nicht um Heilung, sondern um eine nachträgliche Erfüllung des Anspruchs.²³

Ganz unbedenklich ist diese Meinung freilich nicht, zum einen, weil dem Beteiligten dadurch eine Instanz verlorenggeht,²⁴ zum anderen deshalb, weil die Verkürzung des Instanzenzugs zur weiteren Folge hat, daß die Vorinstanzen anfechtbarer Entscheidungen gewissermaßen von der Einhaltung des rechtlichen Gehörs entbunden werden und deshalb nicht selten zumindest die Versuchung absichtlicher Gehörsverweigerung bestehen mag, weil der Mangel ja letztlich unbeachtlich bleibt.²⁵

Diese Bedenken sind nicht ohne Gewicht, vermögen aber dennoch einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör deshalb nicht zu begründen, weil ein Äußerungsrecht in mehreren Instanzen nicht garantiert ist.²⁶

Eine solche Heilung ist aber nicht immer möglich, dann nämlich nicht, wenn es nicht nur von Bedeutung ist, daß Gründe vorgebracht, sondern auch, wann sie vorgebracht werden.²⁷ So ist im Beschwerdeverfahren gegen einen Ordnungsstrafbeschuß nach §§ 177, 178 GVG die Situation, in der das Gehör hätte gewährt werden sollen,²⁸ nicht wiederholbar.²⁹

Schorn, Menschenwürde, S. 84; Nawiasch-Leusser-Schweiger-Zacher, Art. 91 BV Rdnr. 3; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 84b; Scherer, S. 230; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (852); Henckel, ZJP 77, 321 (343); Kleinknecht-Meyer, Einl. Rdnr. 34; E. Schneider, MDR 1979, 617 (621); Waechter, Betrieb 1971, 289 (290); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 29; Röhl, NJW 1958, 1268 (1269) und 1964, 273 (274); für das finanzgerichtliche Verfahren Ziemer-Birkholz, § 96 FGO Rdnr. 65 und BFH, BStBl. 1977 II 83; ebenso das schweizerische Bundesgericht, bei Reinhardt, S. 257; s. auch Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (411).

23) Jünemann, S. 48; Kolb, S. 66.

24) Kritisch daher LG Aachen, NJW 1963, 873; OLG Bamberg, HESt. 3, 3; Aumüller, S. 41; Kenneweg, S. 128; Röhl, NJW 1953, 1531 (1533 Fn. 25); Rüping, S. 190; für das verwaltungsbehördliche Verfahren: König, DVBl. 1959, 189 (194); für das schweizerische Recht: Reinhardt, S. 262 f.

25) Reinhardt, S. 263.

26) S. o. § 7 V 1 b.

27) Insofern richtig LG Aachen, NJW 1963, 873.

28) S. o. 13 III 1 l.

29) OVG Lüneburg, OVGE 15, 452 (455); OLG Saarbrücken, NJW 1961, 890; OLG Stuttgart, Justiz 1962, 185; OLG Hamm, DRiZ 1970, 27 (28); Mayr, KK, § 178 GVG Rdnr. 8; Ortlieb, S. 191 f.; Kenneweg, S. 131; zweifelnd Woessner, NJW 1959, 866 (867); a. A. Dahs, S. 59 (Fn. 2); Wild, S. 63; Rehbindner, MDR 1963, 640 (644 f.); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. XIV 2; BayObLGSt. 25, 207.

Das hat dann die merkwürdige Folge, daß die Verhängung einer Ordnungsstrafe in diesem Fall überhaupt nicht mehr möglich ist, weil auch eine Zurückverweisung nicht in Betracht kommt: Die sitzungspolizeilichen Befugnisse des erstinstanzlichen Gerichts sind mit dem Ende der Sitzung erloschen.

Ebenso ist es, wenn dem Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkursverfahrens kein Gehör gewährt wurde. Da der Eröffnungsbeschluß bereits wirksam geworden ist, kann der Gemeinschuldner einen etwa beabsichtigten Vergleichsantrag im Beschwerdeverfahren nicht stellen (§ 2 II VerglO); es muß daher notwendig aufgehoben werden.³⁰ Im Richterablehnungsverfahren ist die Heilung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Unterlassen der Zuleitung der dienstlichen Äußerung des abgelehnten Richters an den Antragsteller zwar grundsätzlich möglich, aber wenig zweckmäßig.³¹

b) Heilung in der Revisionsinstanz

Im Revisionsverfahren ist eine Heilung nur ganz ausnahmsweise möglich. Sie kommt zunächst nur dann in Betracht, wenn es um rechtliches Gehör zu Rechtsfragen geht.³² Wegen der Wechselwirkung zwischen rechtlichen Gesichtspunkten und den sie stützenden Tatsachen ist eine Heilung aber auch dann nicht immer möglich, wenn nur das Gehör zu Rechtsausführungen verkürzt worden ist.³³ Verneint das Revisionsgericht irrig eine im Revisionsverfahren nicht heilbare Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Berufungsgericht, dann verletzt es seinerseits den Gehörsanspruch.³⁴

30) Jaeger-Weber, § 105 KO Rdnr. 3; Böhle=Starnschräder-Kilger, § 105 KO Rdnr. 4; Henckel, ZZP 77, 321 (343).

31) OLG Koblenz, JurBüro 1976, 1684 (1685); Bischof, Rdnr. 218; Zöller-Vollkommer, 13. Aufl., § 46 Anm. I c.

32) BayVerfGH 12, 127 (129); BVerwG 21, 274 (276); BayObLG 1958, 74 (75); 1971, 157 (159); 1973, 162 (167); Rpfleger 1982, 69; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 3 a; Seidel, S. 23; Dahs, S. 124; Kurth, S. 202; Behrendt, S. 27 f.; Kenneweg, S. 129; Henckel, ZZP 77, 321 (344); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 29; Stehmann, S. 103; Säcker, NJW 1970, 1666 (1668); Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 84c.

33) Gänzlich ablehnend daher Rüping, S. 191.

34) BayVerfGH 24, 178.

III. Folgen im Berufungs- und Revisionsverfahren

1. Berufung

Wird ein erstinstanzliches Urteil, bei dem einem Beteiligten im zugrundeliegenden Verfahren das rechtliche Gehör verkürzt wurde, mit der Berufung angefochten, so leidet das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Verfahrensmangel, der das Berufungsgericht zur Zurückverweisung nach seinem Ermessen berechtigt (§ 539 ZPO). Der Sinn dieser Vorschrift liegt darin, daß den Parteien nicht durch einen eklatanten Verstoß gegen das Verfahrensrecht eine Instanz genommen werden soll. Gerade die Verletzung des rechtlichen Gehörs macht das Verfahren grundsätzlich in dieser Weise mangelhaft.³⁵ Es wäre zudem merkwürdig, wenn die Verletzung einer Bestimmung, die mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann, keinen wesentlichen Verfahrensmangel darstellen würde.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, es sei Aufgabe des Berufungsgerichts, den Sachverhalt selbst aufzuklären,³⁶ oder die mehreren Tatsacheninstanzen bildeten eine Einheit und das rechtliche Gehör könne noch sinnvoll nachgeholt werden.³⁷ Diese Argumentation trifft für alle Verfahrensmängel zu, und die Zurückverweisung würde im Fall des § 539 ZPO überhaupt keinen Anwendungsbereich mehr erhalten. Sicherlich soll das Berufungsgericht sogleich in der Sache entscheiden, wenn dies sinnvoll ist (§ 540 ZPO), bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs wird das allerdings nur selten der Fall sein. Auch zeigt die erneute Befassung mit dem Fall dem Erstgericht, daß sich Verletzungen des rechtlichen Gehörs auch im Hinblick auf die Arbeitsbelastung nicht "lohnend" sind.

2. Revision

a) Beruhensprüfung oder absoluter Revisionsgrund?

Auf Revision kann ein Urteil wegen eines Verfahrensfehlers nur aufgehoben werden, wenn die Entscheidung auf der Verletzung einer Vorschrift "beruht" (§ 549 ZPO). Dabei ist unter diesem Beruhen ein potentiell Beruhen zu verstehen; es

35) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 141 IV 2 b; Schönke-Kuchinke, § 8 III 4; Nikisch, § 123 II 2; Jauernig, 19. Aufl., § 29 III; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4 B; Henckel, ZRP 77, 321 (343); Aumüller, S. 40; Kurth, S. 196 f.; Rüping, BK, RdNr. 93; Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 539 Anm. IV 4 a; Löwe, S. 452 f.; W. Bernhardt, § 23 IV; RG 81, 321 (324) und 93, 152 (155); BayObLG 1971, 57 (59); OLG Schleswig, SchlHA 1974, 168; OLG Oldenburg, NJW 1953, 1483; einschränkend A. Blomeyer, ZPR, § 16 V 1 a. Schon OAG Lübeck, SeuffArch. 22, 277 rechnet die Verletzung des rechtlichen Gehörs zu den wesentlichen Verfahrensmängeln.

36) So Wieczorek, 1. Aufl., § 539 Anm. B II b 3.

37) So D. Brüggemann, JR 1969, 361 (368); BayObLG 1966, 435 (440).

muß nur festgestellt werden, daß die angefochtene Entscheidung ohne die Versagung des rechtlichen Gehörs anders hätte ausfallen können.³⁸ Daher ist, wenn ein Verstoß gegen das rechtliche Gehör festgestellt ist, das Beruhen zwar theoretisch selbständig zu prüfen; tatsächlich besteht aber eine Vermutung dafür, daß das Urteil auf der Verletzung beruht.

Die Feststellung, daß eine Entscheidung auf versagtem Gehör beruht, setzt nicht voraus, daß dem Beteiligten vorgeworfen werden kann, er habe in den Tatsacheninstanzen nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft, sich das zunächst abgeschnittene Gehör noch zu verschaffen; die Revision ist kein subsidiärer Rechtsbehelf.³⁹

Zu einem anderen Ergebnis als dem, daß potentielle Kausalität ausreichend ist, käme man nur, wenn man annimmt, der Anspruch auf rechtliches Gehör bestehe nur, wenn man etwas potentiell Erhebliches vorzutragen habe.⁴⁰ Dann gibt es in der Tat keine Fälle potentieller Kausalität; vielmehr ist das rechtliche Gehör nicht verletzt, wenn nichts Erhebliches vorgetragen hätte werden können; wenn dies aber der Fall ist, so beruht die Entscheidung stets hierauf; die Verletzung des rechtlichen Gehörs wird dadurch "automatisch" zum absoluten Revisionsgrund. Nach der hier vertretenen Meinung besteht ein Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs aber auch dann, wenn der Betroffene im Einzelfall nichts Weiteres vorzutragen hat;⁴¹ dann hat aber auch die Beruhensprüfung selbständige Bedeutung.

Eine solche Beruhensprüfung wäre nur dann entbehrlich, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs einen absoluten Revisionsgrund darstellen würde.

§§ 138 Nr. 3 VwGO und 119 Nr. 3 FGO haben, wie schon § 54 II lit. c BVerwGG, die Verletzung des rechtlichen Gehörs zum absoluten Revisionsgrund erhoben. Indessen geht die Rechtsprechung des BVerwG dahin, den

38) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 144 VI 2; Schöнке-Kuchinke, § 8 III 4; W. Bernhardt, § 23 IV; A. Blomeyer, § 16 IV 1 b; BGH 3, 215 (219); 27, 163 (169); 31, 43 (47); OLG Schleswig, SchlHA 1970, 61 (62); allgemein für Verfahrensfehler: Stein-Jonas-Grunsky, 20. Aufl., § 549 Rdnr. 74; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, § 549 Anm. 2 A; Wieczorek, 1. Aufl., § 550 Anm. B I b; RG 57, 330 (331); BGH, LM § 273 BGB Nr. 6; Bruns, Rdnr. 276b; Rimmelspacher, ZZP 84, 41 (52 f.).

39) BVerwG, NJW 1961, 891 (892) und 1549. BSG 7, 209 (211) und BVerwG, BayVBl. 1982, 349 berufen sich für die Gegenmeinung auf Entscheidungen des BVerfG, verkennen aber, daß im Verfassungsbeschwerdeverfahren anderes gilt; s. u. § 19 IV 3.

40) So Kurth, S. 199 f.

41) S. o. § 15 I 2.

Anwendungsbereich einzuschränken und hat dadurch faktisch zur Annäherung an einen relativen Revisionsgrund geführt.⁴²

Auch bei der Aufhebung von Schiedssprüchen wegen Versagung des rechtlichen Gehörs im Schiedsverfahren (§ 1041 I Nr. 4 ZPO) wird - ohne Anhaltspunkt im Gesetz -⁴³ überwiegend verlangt, daß der Schiedsspruch auf der Versagung beruhen können muß.

In der ZPO fehlt in der Liste der absoluten Revisionsgründe (§ 551 ZPO) die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Dementsprechend wird de lege lata die Existenz eines absoluten Revisionsgrunds fast einhellig abgelehnt.⁴⁴

Ob man dies allerdings aus der Rechtsprechung des BVerfG, das stets prüft, ob eine Entscheidung auf einer Verletzung des rechtlichen Gehörs beruhen kann, abzuleiten vermag,⁴⁵ erscheint im Hinblick auf die Unterschiede von Revisions- und Verfassungsbeschwerdeverfahren allerdings zweifelhaft.

Der gegenwärtige Rechtszustand in Zivil- und Strafsachen stellt damit im Hinblick auf die Bedeutung, die einem Verstoß gegen das rechtliche Gehör im Rechtsmittelzug zukommt, einen Rückschritt gegenüber dem gemeinen Recht dar,⁴⁶ das bei Verletzung des rechtlichen Gehörs die Nichtigkeitsbeschwerde unabhängig davon zuließ, ob die Verletzung das Urteil beeinflusst hatte.⁴⁷

Ein absoluter Charakter wird dem rechtlichen Gehör auch bereits in jener Stelle bei Seneca beigelegt, der wir möglicherweise⁴⁸ den Satz "audiatur et altera pars" verdanken:

Qui statuit aliquid parte inaudita
Aequum licet statuerit, haud aequus fuit.⁴⁹

De lege ferenda wird daher gefordert, die Verletzung des rechtlichen Gehörs als absoluten Revisionsgrund auszugestalten.⁵⁰ Eine dringende Notwendigkeit besteht

⁴²) Vgl. Eyermann-Fröhler, § 138 VwGO Rdnr. 4; Henckel, ZJP 77, 321 (353).

⁴³) Henckel, ZJP 77, 321 (354); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 178 I 5 und Schwab, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 181; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 1041 Anm. 7; Habscheid, ZJP 79, 452 (453); Stein-Jonas-Schlösser, 20. Aufl., § 1041 Rdnr. 36; a. A. Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 1041 Anm. 3; OLG Hamburg, HEZ 2, 282 (283).

⁴⁴) Schönke-Kuchinke, § 8 III 4; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (364); Jansen, S. 28; Baur, ZPR, Rdnr. 52; Bettermann, ZJP 77, 3 (48); Stehmann, S. 103 f.; Henckel, ZJP 77, 321 (344); Zeiss, § 32 III 1; Jauernig, 19. Aufl., § 29 III; BGH 3, 215 (219); 27, 163 (169); 31, 43 (47); NJW 1972, 1673; W. Bernhardt, § 23 IV; A. Blomeyer, ZPR, § 16 IV 1 b; ebenso für den Strafprozeß Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 94; a. A. konsequenterweise Kurth, S. 201. Auch Jacobi, S. 87 meint, der Einfluß auf die ergangene Entscheidung sei ohne Bedeutung.

⁴⁵) So Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 V 1.

allerdings nicht. Das rechtliche Gehör gehört nicht zu den Revisionsgründen, die nur durch die Ausgestaltung als absoluter Revisionsgrund als Verfahrensprinzip erhalten werden können,⁵¹ weil hier das Beruhen die Regel, mangelndes Beruhen die Ausnahme ist. Auch ist angesichts des weiten Umfangs, in dem rechtliches Gehör zu gewähren ist, das Verfahren nicht schon bei jeder Verletzung keine geeignete Urteilsgrundlage mehr. Der Fehler kann vielmehr abgrenzbar sein, etwa dann, wenn nur das rechtliche Gehör zu einer Rechtsfrage nicht ausreichend war; ein solcher Mangel soll und kann bereits im Revisionsverfahren korrigiert werden, ohne daß die Entscheidung aufgehoben werden müßte.

Allerdings können bestimmte Verletzungen des rechtlichen Gehörs zugleich unter den Katalog des § 551 ZPO fallen. Hat eine nicht prozeßfähige Partei den Prozeß geführt oder war sie nicht ordnungsgemäß vertreten, so wurde ihr das rechtliche Gehör versagt; zugleich liegt der absolute Revisionsgrund des § 551 Nr. 5 ZPO vor.⁵² Diese Vorschrift ist analog auf den Fall anzuwenden, daß eine Partei überhaupt nicht am Verfahren beteiligt war.⁵³ Für eine Ausdehnung auf alle Fälle der Verletzung des rechtlichen Gehörs besteht aber - anders als bei § 579 I Nr. 4 ZPO⁵⁴ - kein Bedürfnis. Auch in § 551 Nr. 7 ZPO ist ein Fall des rechtlichen Gehörs als absoluter Revisionsgrund ausgestaltet: Wenn das Urteil nicht mit Gründen versehen ist, hat das Gericht seine Berücksichtigungspflicht verletzt.⁵⁵

46) S. o. I 1.

47) Rüping, S. 31 ff., 184 f.

48) Vgl. o. § 2 I (Fn. 4).

49) Seneca, Medea, V. 199 f.

50) Fischer, S. 209; Löwe, S. 497; Rüping, BK Rdnr. 95 zu Art. 103; Krüger, DÖV 1962, 744 (745); v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (853: die Aufnahme unter die absoluten Revisionsgründe "entspreche dem Rang" des rechtlichen Gehörs); Nachweise für den Strafprozeß bei Rüping, S. 187; ablehnend A. Blomeyer, ZPR, § 16 IV 1 b; Jansen, S. 29; Henckel, ZZZ 77, 321 (352, 356), der stattdessen vorschlägt, § 138 Nr. 3 VwGO zu streichen.

51) Das ist z. B. beim Öffentlichkeitsgrundsatz der Fall, weil auf dessen Verletzung das Urteil nicht beruhen kann, und der deswegen in § 551 Nr. 6 ZPO zum absoluten Revisionsgrund ausgestaltet ist.

52) W. Bernhardt, § 23 IV; Henckel, ZZZ 77, 321 (344).

53) Stein-Jonas-Grunsky, 20. Aufl., § 551 Rdnr. 20; Henckel, ZZZ 77, 321 (344).

54) S. u. § 20 IV.

55) Hamann, AnwBl. 1958, 141 (148); s. o. § 8 II.

b) Kosten des Revisionsverfahrens

Wer ein Rechtsmittel einlegen mußte, um geltendzumachen, daß ihm das rechtliche Gehör verkürzt worden sei, muß, soweit möglich, von den Kosten des Revisionsverfahrens und des zweiten Berufungsverfahrens freigestellt werden; für seinen Gegner gilt nichts anderes. Zwar treffen die Anwaltskosten in jedem Fall die Beteiligten; die Gerichtskosten sind dagegen, da unrichtige Sachbehandlung vorliegt, niederzuschlagen (§ 6 GKG).⁵⁶

c) Nachprüfung von Vorentscheidungen

Unanfechtbare Entscheidungen des Berufungsgerichts sind regelmäßig der Beurteilung durch das Revisionsgericht entzogen (§ 548 ZPO). Seit langem macht die Rechtsprechung hiervon eine Ausnahme in den Fällen, in denen behauptet wird, gerade durch eine solche Entscheidung sei das rechtliche Gehör in der Hauptsache verletzt worden.⁵⁷

So ist die Ablehnung eines Vertagungsantrags zu Unrecht wegen § 227 II 3 ZPO nicht anfechtbar, kann aber eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bedeuten.⁵⁸ Die Rechtsprechung des RG und des BGH hat daher für sich das Recht in Anspruch genommen, nachzuprüfen, ob durch die Ablehnung des Vertagungsantrags das rechtliche Gehör verletzt wurde.⁵⁹

Ähnlich ist es, wenn in der Berufungsinstanz die Prozeßkostenhilfe zu Unrecht versagt worden ist. Obwohl der Beschluß des OLG unanfechtbar ist, kann er doch vom Revisionsgericht - trotz § 567 III ZPO - nachgeprüft werden, ob durch ihn das rechtliche Gehör verletzt worden ist.⁶⁰

Entsprechendes gilt, wenn ein Bevollmächtigter unberechtigt zurückgewiesen wird (unanfechtbar nach § 157 II 2 ZPO) oder unter Verletzung des Gehörsrechts ein Schriftsatzvorbehalt abgelehnt wird.⁶¹

Mit § 548 ZPO sind all diese Entscheidungen nur schwer zu vereinbaren. Sie entsprechen aber einem dringenden Bedürfnis, weil andernfalls der BGH eine

56) BGH 27, 163 (170 ff.); Kenneweg, S. 131 f.; OLG Köln, Rpfleger 1979, 347.

57) Zustimmend Kurth, S. 197; Stein-Jonas-Grunsky, 20. Aufl., § 548 Rdnr. 2; Wieczorek, 1. Aufl., § 548 Anm. A 1 b 4; Sydow-Busch, § 548 Anm. 2; Henckel, ZZP 77, 321 (327 f.).

58) S. o. § 10 I 3.

59) RG 81, 321 (324), JW 1931, 1759 und Gruch. 66, 589; RG, SeuffArch. 90, 44; Sydow-Busch, § 548 Anm. 2; BGH LM § 249 BGB (Bb) Nr. 2.

60) RG 160, 157 (160 f.); BGH, LM § 548 ZPO Nr. 2; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 90 VI 1 d; Röhl, NJW 1958, 1268 (1273); Rumpel, S. 96.

Verletzung des rechtlichen Gehörs sanktionieren müßte, ohne eingreifen zu können. Die Zulässigkeit derartiger Rügen ist daher heute als Gewohnheitsrecht anzusehen.⁶² Rechtfertigen läßt sie sich auch dadurch, daß sich in diesen Fällen die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die unanfechtbare Vorentscheidung gewissermaßen im Berufungsurteil "fortsetzt" und daher zugleich eine reversible Verletzung durch das Endurteil selbst vorliegt.⁶³ Diese Rechtsprechung zu § 548 ZPO schlägt aber bereits die Brücke zu den Korrekturen von Verletzungen des rechtlichen Gehörs, die in der ZPO keine Stütze mehr finden und daher nur auf Verfassungsbeschwerde durch das BVerfG erfolgen könnten, würden die Zivilgerichte sie nicht selbst im Rahmen der vom BVerfG immer nachdrücklicher geforderten "Selbstkontrolle der Fachgerichte" korrigieren.⁶⁴

61) RG 83, I (3); RG, JW 1934, 1909; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 548 Anm. 1 B; Sydow-Busch, § 548 Anm. 2.

62) Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 3 e.

63) Henckel, ZZP 77, 321 (328); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 548 Anm.

64) S. dazu u. § 20.

§ 19. Die Verfassungsbeschwerde wegen
Verletzung des rechtlichen Gehörs

I. Allgemeines

Wenn die Vorschriften der ZPO die Korrektur einer unter Verletzung des rechtlichen Gehörs ergangenen Entscheidung nicht oder nicht mehr vorsehen, bleibt die Möglichkeit, wegen dieses Grundrechtsverstoßes Verfassungsbeschwerde zu erheben (Art. 93 I Nr. 4a GG; § 90 BVerfGG). Vom Ausnahmefall des § 90 II 2 BVerfGG abgesehen, können nur rechtskräftige Entscheidungen der Zivilgerichte mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden; dieser Rechtsbehelf eröffnet daher, über das Wiederaufnahmeverfahren hinaus, eine weitere Möglichkeit der Rechtskraftdurchbrechung.

Hierin hat man ein "Novum im deutschen Verfahrensrecht" gesehen.¹ Allerdings dürfte es sich eher um eine Rückkehr zu den Grundsätzen des gemeinen Rechts handeln. Wie die Nichtigkeitsbeschwerde wegen "unheilbarer Nullitäten" gibt die Verfassungsbeschwerde einen außerordentlichen Rechtsbehelf, wenn ein Urteil an einem besonders schweren Fehler leidet, eben ein Grundrecht verletzt. Die Verfassungsbeschwerde ist nicht, wie man mit kritischem Unterton gegen das Rechtsinstitut als solches behauptet hat,² eine "unbefristete" Rechtskraftdurchbrechung; vielmehr muß die Monatsfrist des § 93 BVerfGG eingehalten werden, und eine Anfechtung des Urteils nach längerer Frist kommt nur dann in Betracht, wenn dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör so vollständig versagt worden ist, daß er nicht einmal Kenntnis davon erlangt hat, daß eine Entscheidung ergangen ist.³

Verfassungsbeschwerde kann nicht nur gegen Endentscheidungen erhoben werden. Auch selbständig anfechtbare Zwischenentscheidungen können mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden, wenn sie das Gericht im Hinblick auf das Endurteil binden und eine selbständige Rechtsbeeinträchtigung enthalten; hier wäre es sinnlos, zunächst das - bereits präjudizierte - Endurteil abzuwarten.⁴

1) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 26; Behrendt, S. 29.

2) Jagusch, NJW 1959, 265; Aumüller, S. 43.

3) Dies kommt wohl nur bei Entscheidungen in Betracht, die ohne Mitwirkung eines zu hörenden Drittbetroffenen ergangen sind; vgl. den Fall BVerfG 60, 7.

Ist beispielsweise die Wiedereinsetzung in eine versäumte Frist abgelehnt und damit ein Rechtsbehelf wegen Fristversäumung als unzulässig zu behandeln, so kann die Verfassungsbeschwerde bereits gegen den die Wiedereinsetzung ablehnenden Beschluß gerichtet werden.

Unerheblich für den Erfolg der Verfassungsbeschwerde ist es, ob die Verkürzung des Gehörs auf einem Verschulden des Gerichts oder der Geschäftsstelle beruht.^{4a} Insbesondere gilt das, wenn Vorbringen unberücksichtigt geblieben ist,^{4b} so daß das rechtliche Gehör auch dann verletzt ist, wenn ein Schriftsatz versehentlich von der Geschäftsstelle dem Gericht nicht rechtzeitig vorgelegt worden ist. Die einhellige Meinung in dieser Frage versteht sich eigentlich von selbst. Es geht schließlich nicht darum, ob den entscheidenden Richter ein Tadel trifft, sondern darum, den Beteiligten ihr Recht zu verschaffen.

4) BVerfG 1, 322 (325), 6, 12 (14) und 9, 261 (265); später als selbstverständlich vorausgesetzt; Henckel, ZZP 77, 321 (329); Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 90 BVerfGG Rdnr. 132.

4a) BayVerfGH 13, 191 (192) und 16, 1 (5); BayObLG, Rpfleger 1980, 148; Zöller-Stephan, 13. Aufl., vor § 128 Anm. A I 1; Rüping, S. 185 und BK Art. 103 Rdnr. 94; Behrendt, S. 30; Kopp, AöR 106, 604 (619); Kenneweg, S. 39; Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, Art. 91 BV Rdnr. 3; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 84; Zeller-Stöber, § 1 ZVG Rdnr. 58; Röhl, NJW 1958, 1268 (1269) und 1964, 273 (274); Jansen, S. 27 (Fn. 67); Dahs-Dahs, Rdnr. 101; Koeniger, S. 246; Seidel, S. 25; E. Schneider, MDR 1979, 617 (618); Hamann, Art. 103 Anm. B 2 a; H. Arndt, DRiZ 1983, 63; BGH 84, 24 (29); für die EMRK: Schorn, EMRK, Art. 6 I 1 Anm. 31.

4b) BVerfG 11, 218 (220); 17, 265 (268); 34, 344 (347); 46, 185 (187); 48, 394 (395); 60, 96 (100) und 120 (123); BVerfG, NJW 1982, 2368; BayVerfGH 17, 13 (14) und 20, 60 (61); BVerwG, MDR 1958, 624 (625); BayObLG 1954, 1 (4); Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 c und e; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 V 2; Kurth, S. 193; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (853); Kolb, S. 57; Rausche, S. 55; Eyermann-Fröhler, § 108 VwGO Rdnr. 12; Rumpel, S. 34; Meder, Art. 91 BV Rdnr. 5; Löwe-Rosenberg-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rdnr. 94; so schon für das gemeine Recht Brackenhoeft, S. 79.

II. Bedeutung der Verfassungsbeschwerde

1. Statistische Angaben

Für die Praxis des BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde außerordentliche Bedeutung. Von den 33323 Verfahren, die bis zum 31. 12. 1975 beim BVerfG anhängig wurden, waren 31300 Verfassungsbeschwerden.⁵ Die Erfolgsquote ist allerdings gering: Bis zum 31. 12. 1980 hatte das BVerfG 43600 Verfassungsbeschwerden erledigt, davon waren 534 oder 1,22 % erfolgreich.⁶ Die meisten dieser Verfassungsbeschwerden rügen eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die letzte vorliegende exakte Zahl stammt aus dem Jahr 1968, als von 759 Verfassungsbeschwerden 512 (67,5 %) eine Verletzung des Art. 103 I GG rügten.⁷ Neuere Zahlen liegen nicht vor, da die Statistiken des BVerfG die Verfassungsbeschwerden nicht nach den als verletzt gerügten Bestimmungen des GG aufschlüsseln. Auch heute dürften aber etwa 75 % der Verfassungsbeschwerden (auch) Art. 103 I GG als verletzt rügen.⁸ Das Schwergewicht liegt dabei auf letztinstanzlichen Urteilen und Beschlüssen der Zivilgerichte.

Das erscheint auf den ersten Blick überraschend, zum einen deshalb, weil die Rechtspflicht des Staates, den Menschen in seinen rechtlichen Belangen möglichst umfassend anzuhören, unbestritten ist, zum anderen deshalb, weil angesichts der reichhaltigen Judikatur des BVerfG zahlreiche Einzelfragen auch spezieller Natur für die Rechtspraxis verbindlich geklärt sind.

Es dürfte aber die große Wirkungsbreite des Grundsatzes sein, die die Diskussion lebendig erhält und immer wieder neue Fragen aufwirft. Die Positivierung des rechtlichen Gehörs im GG war daher nicht das Ende, sondern ein neuer Anfang in der Rechtsentwicklung.

5) Zacher, BVerfG und GG, I S. 399.

6) G. Seibert, Festschrift für Hirsch, S. 491. Die Erfolgsquote ist langsam angestiegen: Während sie in den Fünfzigerjahren unter 0,5 % lag (Röhl, JZ 1957, 105), hatte sie bis zum 31. 12. 1975 1, 18 % erreicht (Zacher, BVerfG und GG, I S. 399).

7) Endemann, NJW 1969, 1197.

8) Braun, NJW 1981, 425; Hübsch, DRiZ 1980, 140; Seetzen, NJW 1982, 2337; vgl. auch Schulz, ZRP 1980, 332 (333).

Die Erfolgsquote von Verfassungsbeschwerden wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nicht wesentlich schlechter als bei anderen Rügen: In den Fünfziger- und Sechzigerjahren übertrafen die auf eine Verletzung des Art. 103 I GG gestützten erfolgreichen Verfassungsbeschwerden die auf andere Grundrechtsverletzungen gestützten erfolgreichen Beschwerden zusammengenommen.⁹ Auch heute noch ist Art. 103 I GG die häufigste erfolgreiche Rüge. Rund 36 % der erfolgreichen Verfassungsbeschwerden gehen auf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zurück.¹⁰

Der Grund dieser so häufigen Befassung des BVerfG mit der Rüge des Art. 103 I GG ist vornehmlich darin zu sehen, daß durch die Anhebung der Berufungssumme auf jetzt 700 DM eine große Anzahl von Zivilurteilen unanfechtbar geworden ist.¹¹ Gerade bei den schnell und in großer Zahl getroffenen Entscheidungen der Amtsgerichte kommen überdurchschnittlich viele Gehörsverletzungen vor.¹²

2. Die Überlastung des BVerfG

Die Verfassungsbeschwerden wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs sind daher in erheblichem Umfang für die seit langem beklagte Überlastung des BVerfG verantwortlich. An Vorschlägen zur Abhilfe fehlt es nicht.

a) Abschaffung der Rügbarkeit des Art. 103 I GG

Der radikalste Vorschlag in diese Richtung geht auf das Jahr 1957 zurück. Unter Berufung auf eine der ersten Entscheidungen des BVerfG, in der es

9) Röhl, NJW 1958, 1268.

10) Vgl. Seetzen, NJW 1982, 2337 (2338); Berkemann, JR 1980, 268 (Fn. 3). Nach einer Statistik von K. Peters, MDR 1976, 447 (452), die die ersten 40 Bände der Entscheidungen des BVerfG berücksichtigt, waren von 269 erfolgreichen Verfassungsbeschwerden 83 (30,9 %) wegen Verletzung (auch) des Art. 103 I GG erfolgreich. Die Fortschreibung dieser Statistik bis einschließlich Band 60 ergibt 135 von 371 Verfassungsbeschwerden (36,4 %).

11) Deubner, NJW 1980, 263; Hübsch, DRiZ 1980, 140; Seetzen, NJW 1982, 2337 (2338). Ein Zivilurteil, das den Unterlegenen mit weniger als 700 DM beschwert, ist - von den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen abgesehen - unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt anfechtbar, vgl. Waldner, NJW 1980, 217; rechtspolitisch kritisch Kahlke, ZRP 1981, 268.

12) Vgl. auch Mußgnug, NJW 1978, 1358.

heißt, daß die Verfassungsbeschwerde kein zusätzlicher Rechtsbehelf für den Zivilprozeß, sondern ein besonderes Rechtsschutzmittel zur Durchsetzung der Grundrechte sei,¹³ wurde die Auffassung vertreten, man solle das rechtliche Gehör, weil es im wesentlichen Regelungen prozessualer Art enthalte, wieder aus der Liste der mit der Verfassungsbeschwerde rügbar Normen streichen.¹⁴

Man berief sich insbesondere darauf, daß das BVerfG dabei Regelungen zu überprüfen habe, die kaum zu seinem Bereich gehörten und die man getrost der Entscheidungsgewalt der ordentlichen Gerichte überlassen könne und auch solle, um zu vermeiden, daß das BVerfG in unerwünschte Konkurrenz zur übrigen Gerichtsbarkeit kommen könne.

Mit der Verankerung der Verfassungsbeschwerde im GG dürfte sich dieser später kaum noch aufgegriffene¹⁵ Vorschlag jedoch erledigt haben.

b) Erfordernis des "schweren Nachteils"

Voraussetzung für den Erfolg einer Verfassungsbeschwerde ist, daß dem Beschwerdeführer durch die Versagung der Entscheidung zur Sache ein "schwerer und unabwendbarer Nachteil" entsteht; andernfalls kann das BVerfG die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung ablehnen (§ 93a IV BVerfGG). Der 1. Senat des BVerfG hat in Anknüpfung an seine Rechtsprechung zu Verfassungsbeschwerden gegen Bußgeldbescheide nach dem OWiG¹⁶ angenommen, das Unterliegen in einem Zivilprozeß bei einer Beschwer unterhalb der Berufungssumme von damals 500 DM sei kein "schwerer Nachteil".¹⁷

13) BVerfG I, 4.

14) Röhl, JZ 1957, 105 (107 f.); Schätzler, NJW 1957, 947; Schultz, MDR 1957, 336; auch Wintrich-Lechner, Grundrechte III/2, S. 658 (681) meinten, dieser Vorschlag verdiene "ernste Beachtung". Ablehnend Kurth, S. 210 und Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 27.

15) Nur Hartel, S. 83 hat diese Forderung nach Aufnahme des Art. 93 I Nr. 4a in das GG noch erhoben.

16) Geldbußen unter 40 DM, die auch nicht zu einer Eintragung in das Verkehrszentralregister führen, sind keine schweren Nachteile, BVerfG 42, 261.

17) BVerfG 46, 72; 47, 102 (104 f.); zustimmend Deubner, NJW 1980, 263 (267); Berkemann, EuGRZ 1981, 143 (144); ablehnend Mußgnug, NJW 1978, 1358 (1359).

Das ist aber nicht zu billigen. Zum einen gewinnt angesichts der laufenden Erhöhungen der Berufungssumme das Argument Gewicht, nicht alles, was nichtberufungsfähige Bagatelle sei, hindere für den Unbemittelten einen schweren Nachteil,¹⁸ vor allem aber würde eine solche Rechtsprechung dazu führen, daß ein Verfahrensverstoß, namentlich die Ablehnung "lästiger" Beweisanträge, für den Richter in Bagatellsachen kalkulierbar würde.¹⁹

Auch das BVerfG hat sich inzwischen diese Rechtsprechung wieder aufgegeben und gibt auch Verfassungsbeschwerden in Bagatellsachen statt.²⁰

Erst recht nicht zu billigen ist es, wenn im Rahmen des "schweren Nachteils" geprüft wird, ob Aussicht besteht, daß bei Aufhebung der wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs angefochtenen Entscheidung eine inhaltlich andere ergeht.²¹ Mehr zu verlangen, als daß der Beschwerdeführer vorbringt, was er im Ausgangsverfahren vorgetragen hätte, wenn ihm das Gehör nicht verkürzt worden wäre, würde ohne Not zur Befassung des BVerfG mit einfachrechtlichen Überlegungen führen, die sonst so weit wie möglich vermieden werden sollen.

c) Kostenfreiheit des Verfahrens vor dem BVerfG

Das Verfahren vor dem BVerfG ist kostenfrei (§ 34 I BVerfGG). Zur Entlastung des BVerfG ist deshalb vorgeschlagen worden, diese Vorschrift aufzuheben und eine Gebührenpflicht einzuführen.²² Ob hierdurch allerdings angesichts der Tatsache, daß ohnehin die meisten Beschwerdeführer vor dem BVerfG anwaltlich vertreten sind und die Gerichtskosten gerade bei kleinen Streitwerten neben den Anwaltskosten nicht sehr ins Gewicht fallen, muß bezweifelt werden.

18) So Kniestedt, NJW 1959, 2052 (2053); Kurth, S. 217 f.; Baumann, Rdnr. 78.

19) Seetzen, NJW 1982, 2337 (2338); Berkemann, JR 1980, 268 (272); ähnlich Baumann, Rdnr. 79: "generalpräventiver Aspekt des Zivilprozesses".

20) BVerfG 48, 394; 50, 32; 51, 352; 54, 86; 55, 95; 57, 39; 60, 1, 96 und 120; vgl. aber auch Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 93a BVerfGG Rdnr. 33a. Auch in der (erfolgreichen) Verfassungsbeschwerde BVerfG 9, 261 ging es nur um einen Betrag von 3 DM.

21) Kniestedt, NJW 1959, 2052; a. A. aber BVerfG 9, 120; Röhl, NJW 1959, 2053; kritisch Kurth, S. 219 f.: berücksichtigt werden dürfe nur, wenn vollkommen eindeutig auf der Hand liege, daß das, was vorgebracht werden sollte, unter keinen Umständen zu einer anderen Entscheidung hätte führen können.

22) Hübsch, DRiZ 1980, 140 (141); ablehnend Seetzen, NJW 1982, 2337 (2338); vgl. auch Benda, NJW 1980, 2097 (2102).

d) Selbstkontrolle der Fachgerichte

Vom BVerfG favorisiert und in einer Vielzahl von Entscheidungen mit Nachdruck gefordert ist folgende Möglichkeit der Entlastung: Wenn durch Auslegung des Verfahrensrechts die Möglichkeit besteht, eine Entscheidung, die nach einer Verletzung des rechtlichen Gehörs ergangen ist, im Bereich der "Fachgerichte" zu korrigieren, dann müssen diese auch von dieser Möglichkeit Gebrauch machen.²³ Möglichkeiten und Grenzen dieser Selbstkontrolle sollen in einem eigenen Abschnitt behandelt werden.

III. Umfang der Prüfung durch das BVerfG

Unabhängig von der Frage nach Entlastungsmöglichkeiten des BVerfG besteht die nach dem Umfang der Prüfung, wenn es mit einer Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs befaßt ist.

1. Prüfungskompetenz im allgemeinen

Die Frage der Prüfungskompetenz oder Kontrolldichte der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung beschränkt sich nicht auf die Rüge des Art. 103 I GG, sondern stellt sich immer dann, wenn Gerichtsentscheidungen mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden.²⁴

a) Rechtsprechung des BVerfG

Ausgangspunkt der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ist der Satz, die Verfassungsgerichte wollten keine weitere Revisionsinstanz sein, kein Superrevisionsgericht, das die Urteile in vollem Umfang auf ihre Rechtmäßigkeit nachprüfe.²⁵ Die Nachprüfung sei nur in engen Grenzen möglich; sie beschränke sich darauf, ob "spezifisches Verfassungsrecht" verletzt sei.²⁶

23) Vgl. BVerfG 42, 243 (248 f.); 46, 185 (187); 47, 182 (191); 49, 252 (259 f.); 60, 96 (99); ebenso BayVerfGH 27, 109 (110).

24) Von der Prüfungskompetenz bei der Normenkontrolle kann im folgenden abgesehen werden.

25) So etwa BVerfG 7, 198 (207) und BayVerfGH, NJW 1982, 2660; vgl. auch Scherer, S. 212 ff.

Es kommen hier folgende Fälle in Betracht:²⁷ Zunächst kann das Gericht verkannt haben, daß es um die Anwendung eines Grundrechts oder um die Abwägung widerstreitender Grundrechtsbereiche geht ("Anwendungs- oder Abwägungsdefizit").²⁸ Zum anderen kann die Entscheidung auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs beruhen.²⁹ Schließlich kann auch das Entscheidungsergebnis selbst grundrechtsverletzend sein;³⁰ allerdings kommen Fälle dieser Art kaum vor, weil der Mangel regelmäßig schon im Abwägungsvorgang liegt.

Ob einer der genannten Fälle vorliegt, wird freilich oft kontrovers beurteilt werden können; die Abgrenzung von spezifischem Verfassungsrecht und einfachem Recht wird infolge der Ausstrahlung der Grundrechte in alle Winkel der Privatrechtsordnung immer verschwommener und fließender.³¹

Eine dogmatische Abgrenzung beider Bereiche ist bisher nicht gelungen.³² Zwar hat das BVerfG betont, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung des einfachen Rechts und seine Anwendung auf den Einzelfall seien seiner Nachprüfung entzogen.³³ Das BVerfG hält sich aber nicht an diese eigene Abgrenzung, sondern trifft, wo es dies für erforderlich hält, auch eigene Tatsachenfeststellungen,³⁴ die selbst mit den Aufgaben eines Revisionsgerichts nur schwer zu vereinbaren sind, so daß man eher von einer "Superberufungsinstanz" zu sprechen hätte.

Ungeeignet zur Abgrenzung des Kontrollbereichs des BVerfG ist auch seine Feststellung, das BVerfG könne nicht nachprüfen, ob bei der Abwägung widerstreitender Belange den Interessen der einen oder anderen Seite zu viel oder zu wenig Gewicht beigelegt wurde; das BVerfG sei nicht befugt, seine eigene

26) Vgl. BVerfG 6, 32 (43); 17, 302 (304); 18, 85 (92); 52, 131 (157); 56, 139 (144) und 247 (248); 57, 250 (282); BayVerfGH 26, 127 (133); 30, 19 (21); NJW 1982, 2660. Schlaich, JuS 1982, 278 hält die Formel für sprachlich mißglückt: Gemeint ist in jedem Fall das Verfassungsrecht im Gegensatz zum einfachen Recht.

27) Zusammenfassend BVerfG 30, 173 (188, 197).

28) Schlaich, JuS 1982, 278 (279); ein Beispiel in BVerfG 43, 130.

29) BVerfG 7, 198; Schlaich, JuS 1982, 278 (279); BVerfG, NJW 1983, 1413.

30) So BVerfG 35, 202 (219).

31) Ossenbühl, Festschrift für Ipsen, S. 129 (138); G. Seibert, Festschrift für Hirsch, S. 504 ff.; Schlaich, JuS 1982, 278 (281).

32) Derselbe Befund zeigt sich in der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts, vgl. Kölz, Ztschr. f. schweizer. R. 95/1, 29 (31 ff.).

33) BVerfG 18, 85 (92); 30, 173 (196 f.); 34, 384 (397); 42, 143 (148); 54, 117 (125); kritisch Ossenbühl, BVerfG und GG, I S. 458 (494 f.).

34) BVerfG 35, 202 (219).

Wertung nach Art eines Rechtsmittelgerichts an die Stelle derjenigen des zuständigen Richters zu setzen.³⁵ Damit wird gerade offengelassen, wann ein solcher Gesetzesverstoß und wann ein Verstoß gegen Verfassungsrecht vorliegt.

In der Literatur wird demgemäß vertreten, die Fehlanwendung zivilrechtlicher Vorschriften sei nie, zum anderen, sie sei stets eine Verfassungsverletzung.

So meint Papier,³⁶ die Verkennung des grundrechtlichen Einflusses auf die anzuwendenden Privatrechtssätze sei Fehlinterpretation oder Fehlanwendung einfachen Rechts und daher gesetz-, aber nicht verfassungswidrig.

Mit größerem Recht wird aber in Fortführung der Rechtsprechung des BVerfG, Art. 2 I GG schütze nicht nur einen Kern der Persönlichkeitsentfaltung, sondern jede nicht durch ein formell und materiell verfassungsmäßiges Gesetz verbundene Tätigkeit,³⁷ vertreten, jeder Gesetzesverstoß durch die öffentliche Gewalt und damit auch durch ein Gericht sei zugleich eine Grundrechtsverletzung. Jedes rechtswidrige Urteil sei zugleich ein grundrechtswidriges Urteil, da zumindest Art. 2 I GG verletzt sei; vor einem Abrutschen in die Superrevisionsinstanz gebe es von daher keinen sicheren Halt; der Begriff des spezifischen Verfassungsrechts sei daher als Abgrenzungsmerkmal unbrauchbar.³⁸

Soweit es um die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen geht, handelt es sich - anders als bei der verfassungsrechtlichen Nachprüfung von Gesetzen - im Grunde um eine reine Zweckmäßigkeitsfrage. Einerseits soll den obersten Fachgerichten wegen ihrer größeren Sachkunde und Problemnähe die letztverbindliche Interpretation des einfachen Gesetzesrechts im Interesse einer optimalen Rechtsverwirklichung erhalten bleiben. Andererseits soll das BVerfG seine Aufgabe der Wahrung und Durchsetzung des Verfassungsrechts voll wahrnehmen können.³⁹ Diese Bereiche überschneiden und durchdringen sich in vielfältiger Weise.

In der Erkenntnis, daß eine dogmatische Abgrenzung seines Kontrollbereichs ohnehin unmöglich ist, hat das BVerfG diesen Versuchen dadurch eine Absage

35) BVerfG 30, 173 (196 f.).

36) Papier, BVerfG und GG, I S. 432 (447).

37) BVerfG 6, 32.

38) Ossenbühl, Festschrift für Ipsen, S. 129 (137 f.); Schlaich, JuS 1982, 278; ebenso Schumann, S. 196 f.; Burmeister, DVBl. 1969, 605 (809 f.); Pelka, DVBl. 1970, 887 (889); Rupp, NJW 1966, 2037; a. A. Seuffert, NJW 1969, 1369 (1371); BVerfG 21, 209 (216) und 35, 311 (316).

39) So mit Recht Ossenbühl, Festschrift für Ipsen, S. 129 (130).

erteilt, daß es postuliert hat, die Grenzen der Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen ließen sich nicht starr und gleichbleibend ziehen; dem BVerfG müsse ein gewisser Spielraum zur Berücksichtigung der besonderen Lage des Einzelfalls bleiben.⁴⁰ Spätere Entscheidungen haben diese Rechtsprechung dadurch verteidigt, daß die Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung von Bedeutung sei: Je nachhaltiger ein Urteil im Ergebnis die Grundrechtssphäre des Unterlegenen treffe, desto weitreichender seien die Nachprüfungsmöglichkeiten durch das BVerfG.⁴¹ In Fällen höchster Eingriffsintensität hat sich das BVerfG für befugt gehalten, die von den Zivilgerichten vorgenommene Wertung durch seine eigene zu ersetzen.⁴² Andererseits will das BVerfG erst jenseits einer gewissen Erheblichkeitsschwelle eingreifen, nämlich dann, wenn die Rechtsfehler des Fachgerichts "in ihrer materiellen Bedeutung von einigem Gewicht" sind.⁴³

Die hier mitgeteilten formelhaften Wendungen des BVerfG gestatten ihm in jedem Einzelfall die Begründung jedes gewünschten Ergebnisses. Ossenbühl⁴⁴ hat treffend darauf hingewiesen, daß das BVerfG die Formel vom "spezifischen Verfassungsrecht"⁴⁵ immer dann gebraucht, wenn es eine Verfassungsbeschwerde abweist.

b) Unmittelbare und mittelbare Grundrechtsverletzung

Mögen die vom BVerfG gefundenen Ergebnisse auch in der überwiegenden Zahl der Fälle konsensfähig sein, so erschiene der zwar nachvollziehbare, aber im voraus für den Beschwerdeführer gänzlich unberechenbare Weg, auf dem sie gefunden werden, nur dann zu rechtfertigen, wenn eine abstrakte Eingrenzung

40) BVerfG 18, 85 (93), 42, 143 (148) und 43, 130 (135).

41) BVerfG 42, 143 (148), 43, 130 (136) und 54, 129 (135); NJW 1983, 1413.

42) BVerfG 35, 202 und 42, 143. Kritisch Lerche, Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, S. 24 (40 ff.).

43) BVerfG 49, 304 (314); zustimmend Schlaich, JuS 1982, 278 (281).

44) Ossenbühl, Festschrift für Ipsen, S. 129 (137).

45) S. o. bei Fn. 26.

der Kontrolldichte des BVerfG tatsächlich unmöglich wäre. Gerade dies ist aber - zumindest wenn man sich auf den Bereich der Zivilurteile beschränkt - zweifelhaft.

Tragfähig erscheint nämlich der auf Rupp-von Brünneck zurückgehende Ansatz, es sei zwischen den Fällen zu unterscheiden, in denen die Rechtsanwendung notwendig eine Abwägung zwischen dem betreffenden Grundrecht und anderen Rechtsgütern verlangt, und solchen Fällen, in denen eine sich zunächst allein im Zivilrechtsbereich bewegendende Rechtsanwendung nur im Ergebnis Auswirkungen auf den Grundrechtsbereich hat.⁴⁶ So erfordert die Anwendung der Präklusionsvorschriften (§§ 296, 528 ZPO) stets die Beachtung der Tragweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör, die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs stets die Beachtung des Rechts auf den gesetzlichen Richter und die Entscheidung auf eine Unterlassungsklage wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Presseberichte stets die Beachtung des Rechts auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 I GG). Anders ist es dagegen, wenn der Richter zu entscheiden hat, ob A oder B nach bürgerlichem Recht Eigentümer eines Grundstücks ist. Hier besteht die richterliche Tätigkeit in erster Linie darin, Rechtssphären von Bürgern gegeneinander abzugrenzen; erst mittelbar hat die Entscheidung Auswirkungen auf das durch Art. 14 I GG geschützte Eigentum des Unterlegenen. Anders gewendet: Die Möglichkeit, verspätetes Vorbringen zu präkludieren, bezweckt die Begrenzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, aber die Pflicht des Schädigers, nach § 823 BGB Schadensersatz zu leisten, dient nicht dazu, sein Eigentumsrecht einzuschränken; vielmehr geht es um die Abgrenzung der Rechts- und Freiheitssphären zweier Bürger untereinander.

Die Folge dieser Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Grundrechtsbeeinträchtigung ist, daß materiellrechtliche Fehler der Entscheidung des BVerfG regelmäßig entzogen sind;⁴⁷ es kann nicht Aufgabe des BVerfG sein, über die richtige Anwendung des BGB zu wachen, selbst wenn als mittelbare Folge eines falschen Urteils der Unterlegene in seinem Eigentumsrecht

46) Rupp-von Brünneck, abweichende Meinung, BVerfG 42, 143 (154); ähnlich Schlaich, JuS 1982, 278 (281): bei den Verfahrensgrundrechten stehe der Richter den Parteien als Träger staatlicher Gewalt gegenüber; seine Maßnahmen stellten sich als staatliche Eingriffe gegenüber dem Bürger als Prozeßpartei dar; demgegenüber sei das Zivilurteil selbst eine Streitentscheidung zwischen Privaten.

47) Sie können aber, wenn die Entscheidung willkürlich ist, eine Verletzung von Art. 3 I GG sein.

beeinträchtigt ist. Dagegen führt die Verletzung von Verfahrensvorschriften regelmäßig zur unmittelbaren Verletzung von Verfahrensgrundrechten.⁴⁸

Im Ergebnis wird diese Forderung nach einer engeren Kontrollidichte bei den Verfahrensgrundrechten in der Literatur – wenn auch nicht mit der hier gegebenen Begründung – überwiegend unterstützt.⁴⁹ Sie rechtfertigt auch nicht den Vorwurf der "Superrevision", da nicht die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung überprüft wird,⁵⁰ sondern die Voraussetzungen dafür, daß eine richtige Entscheidung getroffen werden kann.

2. Prüfungskompetenz bei Art. 103 I GG

Die soeben befürwortete Unterscheidung unmittelbarer und mittelbarer Grundrechtsbeeinträchtigungen durch gerichtliche Entscheidungen findet ihre Bestätigung in der nahezu unbeschränkten Überprüfung der Anwendung von Vorschriften, die das rechtliche Gehör gewährleisten, durch das BVerfG.

a) Übereinstimmung von Verfassungsrecht und einfachem Recht

Ausgangspunkt ist dabei der Grundsatz, daß Art. 103 I GG mindestens⁵¹ das an rechtlchem Gehör gewährleistet, was diejenigen Vorschriften der Prozeßordnung gewähren, die Ausprägung des Grundsatzes sind. Eine Verletzung derartiger Vorschriften ist daher gleichzeitig eine Verletzung des Art. 103 I GG.⁵²

48) Zu diesen Verfahrensgrundrechten gehört neben dem Anspruch auf rechtliches Gehör und auf den gesetzlichen Richter auch die Rechtsweggarantie des Art. 19 IV GG und die aus Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip zu entnehmende Gewährleistung des Justizgewährungsanspruchs in Zivilsachen (s. o. § 4 II 2).

49) Schlaich, JuS 1982, 278 (280); Papier, BVerfG und GG, I S. 432 (455); Ossenbühl, Festschrift für Ipsen, S. 129 (135 f., 139 f.); kritisch für Art. 101 I 2 GG aber Bettermann, AöR 94, 263.

50) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 27.

51) Mitunter ergibt sich der Anspruch auf rechtliches Gehör auch unmittelbar aus Art. 103 I GG, s. o. § 12 II 2.

52) BVerfG 17, 265 (268); 18, 380 (34); 50, 32 (36); ebenso für den Strafprozeß: BVerfG 4, 190 (192, zustimmend Röhl, MDR 1955, 522, 524); 11, 29 (30); 17, 197 (198); 17, 262 (264); 14, 8 (11); 18, 155 (157); 54, 140 (142); für den Verwaltungsprozeß: BVerwG, DVBl. 1981, 685; zustimmend Schlaich, JuS 1982, 278 (280); Deubner, NJW 1980, 263 (264); Seetzen, NJW 1982, 2337 (2338); Ossenbühl, Festschrift für Ipsen, S. 129 (140); Jünemann, S. 23; K. Peters, JZ 1958, 435; einschränkend Röhl, NJW 1958, 1268 (1269).

Daher ist das rechtliche Gehör verletzt, wenn das Gericht die wegen § 222 II ZPO verlängerte Frist falsch berechnet oder diese Vorschrift übersieht, da sich der Beteiligte darauf verlassen kann, daß er sich innerhalb der richtig berechneten Frist äußern kann,⁵³ und ebenso, wenn entgegen § 91a II 2 ZPO dem Gegner kein Gehör vor der Entscheidung über die Beschwerde gegen die Kostenentscheidung nach Erledigung der Hauptsache gewährt wird.⁵⁴

In diesem Bereich decken sich also verfassungsrechtliche Gewährleistung und einfaches Zivilprozeßrecht; die Verfassungsbeschwerde tritt neben die Rechtsbehelfe des Zivilprozeßrechts.⁵⁵

Diese Ansicht ist freilich nicht unbestritten. Der BayVerfGH⁵⁶ und ein Teil der Literatur⁵⁷ gehen davon aus, daß die Verletzung von Verfahrensvorschriften, die dazu dienen, daß sich ein Verfahrensbeteiligter vor dem angegangenen Gericht zu Gehör bringen kann, nicht notwendigerweise einen Verstoß gegen Art. 103 I GG bedeuten. Eine ähnliche Meinung vertritt der 2. Senat des BVerfG in einem neuen obiter dictum.⁵⁸

Auch die Entscheidung BVerfG 54, 117 ließ zunächst die Vermutung zu, das BVerfG wolle diesen Grundsatz aufgeben.⁵⁹ Indessen hat das BVerfG inzwischen klargestellt, daß es jede Verletzung der Präklusionsvorschriften als Verstoß gegen Art. 103 I GG ansehen will.⁶⁰

Bei der fehlerhaften Anwendung einfachrechtlicher Vorschriften ist, wie schon am Beispiel der Präklusionsvorschriften gezeigt,⁶¹ zwischen Subsumtions- und Interpretationsfehlern zu unterscheiden. Während die fehlerhafte Subsumtion unter eine Norm, die die Grenzen des rechtlichen Gehörs absteckt, stets

53) BVerfG 18, 380 (384); Kenneweg, S. 170 f.; E. Schneider, MDR 1979, 617 (618); a. A. R. Schneider, DVBl. 1969, 325 (330).

54) BVerfG 17, 265 (268); Kenneweg, S. 175 f.

55) So ausdrücklich Jauernig, 19. Aufl., § 29 I; Deubner, NJW 1980, 263 (264).

56) BayVerfGH 16, 10 (12); 17, 72 (74); 18, 9 (15). Auch die Entscheidung BayVerfGH 32, 13 (17), wo Verletzung des rechtlichen Gehörs durch fehl-
1 erhafte Präklusion in der Berufungsinstanz für ausgeschlossen gehalten wird, gehört hierher.

57) R. Schneider, DVBl. 1969, 325 (330); Arndt, NJW 1959, 1297 (1299).

58) BVerfG 60, 305 (310).

59) So Deubner, NJW 1980, 1945. Zum Inhalt dieser Entscheidung s. o.
§ 4 III 2.

60) BVerfG 59, 330 (334).

61) S. o. § 10 III 3.

eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist, ist eine Interpretation in verfassungsrechtlicher Sicht nur dann "fehlerhaft", wenn die Norm bei dieser Auslegung das rechtliche Gehör nicht ausreichend gewährleistet; wenn dagegen zwei Auslegungen einer zivilprozessualen Norm möglich sind, die sich beide mit dem Recht auf Gehör vereinbaren lassen, ist es nicht Aufgabe des BVerfG, eine davon von Verfassungs wegen "festzuschreiben".

Mit der hier vertretenen Ansicht ist allerdings die Entscheidung BVerfG 59, 330 nicht vereinbar, in der das BVerfG die analoge Anwendung der Präklusionsvorschriften auf das Beschwerdeverfahren für verfassungswidrig erklärt hat. Da sowohl die Anwendung als auch die Nichtanwendung mit dem rechtlichen Gehör vereinbar ist, hätte das BVerfG die vom angegangenen Gericht gewählte Auslegung nicht beanstanden dürfen; das BVerfG hat hier vielmehr eine Funktion an sich gezogen, die dem BGH als obersten Zivilgericht vorbehalten ist.⁶²

Der Eingriff in zivilprozessuale Streitfragen durch das BVerfG führt wegen der Bindungswirkung des § 31 I BVerfGG zu einer "Zementierung" des einfachen Rechts, die nur durch das BVerfG selbst wieder beseitigt werden könnte,⁶³ und steht einer dynamischen Fortentwicklung des Prozeßrechts im Wege, deren Aufgabe es ist, neue Antworten auf neu entstehende Probleme zu finden. Es sollte aber auch nicht übersehen werden, daß es auch Zweifelsfragen gab, die das BVerfG mit Recht in eine Richtung entschieden hat. Am deutlichsten wird dies in seiner Rechtsprechung zur Fristwahrung,⁶⁴ durch die es den Rechtsschutz des Bürgers entscheidend verbessert hat und die, ausgehend von der hier vertretenen Meinung, ihre Rechtfertigung darin findet, daß die von vielen Gerichten früher verfochtene Ansicht sich durch Auslegung der zivilprozessualen Fristvorschriften schlechterdings nicht gewinnen ließ.

An diesen Entscheidungen zeigt sich auch, daß die von Schumann geprägte Formel, eine Verfassungsbeschwerde wegen fehlerhafter Rechtsanwendung habe genau dann Erfolg, wenn die richterliche Auslegung, in eine allgemeine Norm umgedacht, verfassungswidrig wäre,⁶⁵ nicht immer zu richtigen Ergebnissen führt. Enthielte die ZPO nämlich eine Norm des Inhalts, daß Fristen

62) So mit Recht Schumann, NJW 1982, 2609.

63) Ossenbühl, Festschrift für Ipsen, S. 129 (140); Schumann, NJW 1982, 2609 (2614).

64) S. o. § 10 I 2 a.

65) Schumann, S. 206 f.

mit dem Dienstschluß oder - mit dem Bestimmtheitsgrundsatz wohl besser zu vereinbaren - "um 16 Uhr" des letzten Tags der Frist abliefern, so wäre dies gewiß kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör. Trotzdem verletzt ein Gericht, das diesen Begriff des Fristablaufs zugrundelegt, das rechtliche Gehör deswegen, weil es eine solche Norm in der ZPO nicht gibt und § 188 I BGB diese Auslegung nicht zuläßt.⁶⁶

Nicht recht zu der hier vorgeschlagenen Unterscheidung von Subsumtions- und Interpretationsfehlern scheint die Rechtsprechung des BVerfG zur Tragweite des rechtlichen Gehörs bei Entscheidungen über Wiedereinsetzungsgesuche⁶⁷ zu passen, ging es hier doch in vielen Fällen nicht um Subsumtion, sondern um die Auslegung des Merkmals "Verschulden" in § 233 ZPO. Die volle Nachprüfung durch die Verfassungsgerichte rechtfertigt sich aber aus der Besonderheit, daß die Wiedereinsetzungsvorschriften das Korrektiv zu den Zustellungsvorschriften darstellen,⁶⁸ bei denen im Einzelfall die Gefahr einer Verkürzung des rechtlichen Gehörs besteht, die nur über die Wiedereinsetzung beseitigt werden kann. Erst die Wiedereinsetzung verhilft dem Beteiligten hier zu dem Gehör, das er nach dem Zustellungsrecht haben sollte.

Die Bezugnahme des BVerfG auf die einfachrechtlichen Vorschriften ist nicht etwa eine Relativierung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, sondern bedeutet vielmehr eine umfassende Durchsetzung der Geltung der Maxime.⁶⁹ Einen "spezifisch verfassungsrechtlichen Gehalt des rechtlichen Gehörs"⁷⁰ gibt es daher in der Rechtsanwendung nicht.

b) Die Lehre von der "Minimalgarantie"

Diese Auffassung ist allerdings nicht unbestritten. Vielfach wird demgegenüber die Auffassung vertreten, Art. 103 I GG gewährleiste nur einen Kernbereich

66) Ebenso Steinwedel, S. 118 f.

67) S. o. § 10 I 2 b.

68) BayVerfGH, NJW 1982, 2660 (2661).

69) Deubner, NJW 1980, 263 (265).

70) So Kopp, AöR 106, 604 (617 f.).

des rechtlichen Gehörs, nicht etwa alle Verfahrensvorschriften, die das rechtliche Gehör betreffen. Diese seien, soweit sie über den Kernbereich hinausgingen, nur durch das einfache Gesetz gewährt.⁷¹

Der BayVerfGH gebraucht diese Formel von einer "Mindestgarantie" bis heute.⁷² Er hat sich freilich in mehreren Entscheidungen der Sache nach längst darüber hinweggesetzt und der Meinung vom Gleichlauf von Verfassungsrecht und einfachem Recht in diesem Bereich angeschlossen.⁷³

Derselbe Befund zeigt sich in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts: Zwar betont es, das rechtliche Gehör stelle nur eine "Minimalgarantie" dar, zählt aber dann zu diesem "Minimalbereich" so ins Detail gehende Fragen wie das rechtliche Gehör vor der Zuständigkeitsbestimmung.⁷⁴

Soweit die Literatur diese Lehre vertritt, nimmt sie, meist ohne nähere Begründung, eine Entscheidung des BVerfG in Bezug, wo von der Gewährung eines Minimums von rechtlichem Gehör die Rede ist.⁷⁵ Damit ist aber nur die Art und Weise gemeint, wie Gehör zu gewähren ist, aber kein Abstrich von dem Satz beabsichtigt, Grundrechtsnormen seien so auszulegen, daß sie ihre stärkste Wirkung entfalten.⁷⁶

In keiner der Entscheidungen des BVerfG, in der die einschränkende Formulierung verwendet ist, wird die Entscheidung davon getragen; sie wären von der hier vertretenen Meinung aus ebenso zu entscheiden. Anders ist es mit zwei Entscheidungen des BayVerfGH, die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen haben, die nach der hier vertretenen Meinung hätten Erfolg haben müssen.⁷⁷

71) So Seidel, S. 8, 22; Weitzel, JuS 1976, 722 (723); B. Werner, S. 70; Krüger, DÖV 1962, 744 (746); Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 90 BVerfGG Rdnr. 66; v. Münch-Raubaal, Art. 103 Rdnr. 4; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 2; W. Wolf, JR 1965, 87 (90); Grünwald, S. 54 f.; Schütz, NJW 1961, 582 (584); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 3; Heck, S. 25; Dahs, S. 131; Röhl, NJW 1964, 273; Schwartz, S. 14; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 20, 28; Behrendt, S. 14 f. (die gar annimmt, hierüber bestehe Einigkeit); Lerche, ZJP 78, 1 (11 Fn. 20); A. Blomeyer, ZPR, § 16 II; Kopp, AöR 106, 604 (616 ff., 629); wohl auch D. Brüggemann, JR 1969, 361 (365) und v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (851). Auch Ossenbühl, Festschrift für Ipsen, S. 129 (140 f.) hält diese einschränkende Ansicht vom dogmatischen Standpunkt aus für vorzuzugewöhnend, billigt aber ausdrücklich die Rechtsprechung des BVerfG; allgemein für eine weite Prüfungszuständigkeit und eine eng geknüppte Kontrolldichte auch Gündisch, NJW 1981, 1813 (1814); dagegen Burmeister, DVBl. 1969, 605 (611).

72) BayVerfGH 11, 190 (105); 13, 24 (25); 14, 47; 15, 38 (40); 16, 10 (12); 17, 72; 18, 9 (15); 19, 30 (32); 23, 177 (189); 24, 198; 27, 35 (41) und 87 (89); 28, 70 (72) und 195 (196 f.); 29, 219 (220); 32, 116 (117); 33, 165.

73) BayVerfGH 23, 143 (150 ff.); 27, 35 (41 f.); 32, 145 (152).

74) BG, EuGRZ 1980, 609; s. dazu o. § 13 III 1 a.

75) BVerfG 7, 53 (57). Ähnlich BVerfG 21, 132 (137) und neuestens wieder BVerfG 60, 305 (310).

76) A. Arndt, NJW 1963, 432 (433).

77) BayVerfGH 11, 190 und 15, 38.

Die Formel von einer Mindest- oder Minimalgarantie sollte nicht verwendet werden.⁷⁸ Durch die grundsätzliche Möglichkeit der Verengung wird der Inhalt dieses Grundrechts in den Bereich des Diskutablen und die Vollständigkeit des rechtlichen Gehörs in Frage gestellt. Seiner Funktion als dem zentralen verfahrensrechtlichen Prinzip für die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens wird das nicht gerecht. Eine Entlastung des BVerfG von der Vielzahl verfassungsrechtlich unproblematischer Verfassungsbeschwerden darf daher nicht in einer Verengung des Schutzbereichs, sondern muß in einer Selbstkontrolle der Zivilgerichte gesucht werden.

Zu welch merkwürdigen Konsequenzen die Lehre von der "Mindestgarantie" führt, zeigt sich daran, daß unter Ablehnung von BVerfG 18, 380 ernsthaft die Meinung vertreten worden ist, ein Gericht, das die Frist des § 222 II ZPO falsch berechne, verletze das rechtliche Gehör nicht, sondern begehe "nur" einen Verfahrensfehler, wenn auch die zu kurz berechnete Frist noch für eine Äußerung ausreichend war.⁷⁹

Meist beruht aber die Ansicht, es bestehe nur eine Mindestgarantie, darauf, daß nicht zwischen Gesetzgebung und Gesetzesanwendung unterschieden wird. Während die volle Anwendung der gehörgewährenden Vorschriften in der Rechtsanwendung ein Verfassungsgebot ist, bedeutet das nicht, daß diese Normen der Änderung durch den Gesetzgeber entzogen wären. Die Beteiligten werden in ihrem Vertrauen darauf geschützt, daß sie die gesetzlich vorgesehenen Mittel, sich Gehör zu verschaffen, voll ausnutzen können; der Gesetzgeber ist dagegen nicht gehindert, Normen einzuführen, die das rechtliche Gehör in geringerem Umfang gewähren. Das ist beispielsweise durch die Verschärfung der Präklusionsvorschriften mit der Vereinfachungsnovelle geschehen. Der Gesetzgeber kann hier bis an die Grenze des Bereichs gehen, in dem sich auch bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung das Recht auf Äußerung unmittelbar aus Art. 103 I GG ergeben würde. Nur für den Gesetzgeber gibt es also einen Mindestbestand rechtlichen Gehörs.

Ebenso ist es dem Gesetzgeber auf der anderen Seite unbenommen, eine Anhörung von Beteiligten vor Entscheidungen vorzusehen, die nicht rechtsbeein-

78) Kritisch auch Leipold, ZZP 93, 237 (243); Kubisch, NJW 1965, 1315 (1317); Hamann, AnwBl. 1958, 141 (143).

79) R. Schneider, DVBl. 1969, 325 (330).

trächtigend sind, wenn er es für zweckmäßig hält. Das ist etwa in den §§ 225, 360 S. 4 ZPO geschehen. Dadurch werden diese Normen aber nicht Bestandteil des Wirkungsbereichs des rechtlichen Gehörs.⁸⁰

IV. Kausalitätsprüfung

1. Erfordernis potentieller Erheblichkeit

Nur potentiell erhebliches Vorbringen unterliegt dem Recht auf Äußerung.⁸¹ Um die potentielle Erheblichkeit des ihm verweigerten Vorbringens darzutun, muß der Beschwerdeführer angeben, was er vorgetragen hätte, wenn ihm ausreichendes Gehör gewährt worden wäre.⁸²

Hieran sind aber keine allzuhohen Anforderungen zu stellen.⁸³ Das Erfordernis stellt nur dann eine Einschränkung dar, wenn der Beschwerdeführer zwar gehört, aber mit individuellem Vorbringen übergangen worden ist. Wurde dagegen überhaupt kein Gehör gewährt, etwa deshalb, weil die Prozeßunfähigkeit des Beklagten übersehen wurde,⁸⁴ oder hat das Gericht die Tragweite des Art. 103 I GG bei der Rechtsanwendung nicht ausreichend bedacht,⁸⁵ dann kann die potentielle Erheblichkeit des Vorbringens nicht verneint werden.

2. Notwendigkeit des Beruhens

Eine Entscheidung kann auf Verfassungsbeschwerde hin nur aufgehoben werden, wenn sie darauf beruhen kann, wenn also die angefochtene Entscheidung ohne die Versagung des rechtlichen Gehörs möglicherweise anders ausgefallen wäre.⁸⁶

80) S. o. § 13 II 1, 2.

81) S. o. § 7 II 1.

82) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 85 V 2; Schönke-Kuchinke, § 8 III 4; Eyer-mann-Fröhler, § 138 VwGO Rdnr. 4; Dahs, S. 136; Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV d 1; Röhl, NJW 1958, 1268 (1269) und 1959, 2053; Meder, Art. 91 Rdnr. 19; BVerfG 28, 17 (20); BayVerfGH 24, 198 und 27, 109 (114); a. A. Kniestedt, NJW 1959, 2052 und 1960, 853; es genüge, daß überhaupt Tatsachen vorgetragen werden.

83) Kurth, S. 212.

84) BayVerfGH 26, 141 (144); vgl. dazu o. § 16 III 1.

85) BayVerfGH 27, 109 (114).

Wie bei der Beruhensprüfung in der Revisionsinstanz genügt es, wenn ein solches Beruehen wenigstens möglich ist.⁸⁷

Die Prüfung des Beruhens wird nicht durch die der potentiellen Erheblichkeit entbehrlich. Lassen sich für die Beantwortung einer Rechtsfrage mehrere Möglichkeiten denken, so sind Ausführungen zu beiden potentiell erheblich. Auf der Versagung des rechtlichen Gehörs zu Folgerungen aus der Lösung, für die sich das Gericht nicht entscheidet, kann die Entscheidung aber nicht beruhen.⁸⁸

In einigen Entscheidungen des BVerfG wird das Beruhen nicht ausdrücklich untersucht;⁸⁹ dies erklärt sich daraus, daß, wie bei der Revision, eine Vermutung dafür besteht, daß ein Beteiligter, dem das rechtliche Gehör verkürzt worden ist, auch etwas hätte vortragen können und wollen, wenn ihm Gehör gewährt worden wäre.

Das BVerfG kann das Beruhen kaum jemals verneinen.⁹⁰ Ohne Prüfung der einfachrechtlichen Fragen läßt sich normalerweise ja nicht sagen, ob sich die Gehörsversagung auf die Richtigkeit der Entscheidung ausgewirkt haben kann; insbesondere kann das BVerfG nicht, wie ein Revisionsgericht, prüfen, ob der von der Versagung des rechtlichen Gehörs betroffene Urteilsinhalt sich auch durch andere rechtliche Erwägungen hätte gewinnen lassen können, die von der Gehörsversagung nicht betroffen sind.⁹¹ Im Regelfall führt daher die Verletzung des rechtlichen Gehörs zugleich zur Bejahung des Beruhens.

86) BVerfG 7, 95 (99) und 239 (241); 7, 275 (281); 8, 208 (209) und 253 (256); 9, 123 (124) und 261 (266); 10, 177 (184) und 274 (282); 11, 29 (30) und 218 (220); 13, 132 (145); 14, 54 (56); 28, 17 (20); 54, 43 (46); 55, 95 (99); 60, 120 (123); NJW 1982, 2368 (2369); BayVerfGH 13, 191 (192);

32, 104 (105); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 15;

D. Brüggemann, JR 1969, 361 (362); Behrendt, S. 29; Grunsky, § 25 III 2; W. Bernhardt, § 23 IV; A. Blomeyer, ZPR, § 16 IV 2; Henckel, ZZP 77, 321 (355); Pfeiffer, S. 216; Tschira-Schmitt Glaeser, S. 294; Stehmann, S. 104; Dahs, S. 135 f.; Seidel, S. 24 f.; Aumüller, S. 24; J. Brüggemann, S. 153 f.; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 95; Kenneweg, S. 132; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (853); Meder, Art. 91 BV Rdnr. 19; Röhl, NJW 1964, 273 (277) und 1958, 1268 (1269); Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 e; Kopp, AöR 106, 604 (606); A. Arndt, NJW 1959, 1297; Maunz-Schmidt-Bleibtreu-Klein-Ulsamer, § 90 BVerfGG Rdnr. 66; Waechter, Betriebs 1971, 289 (291); Säcker, NJW 1970, 1666 (1668); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 20 f.; Rumpel, S. 155 f.; Schumann, S. 243.

87) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 15; Kopp, AöR 106, 604 (607); Rumpel, S. 156.

88) Für selbständige Prüfung auch Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 15, 42 f.; v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (853); a. A. Kurth, S. 200, 215 f. und Hartel, S. 80 f.; in diesem Fall fehle es schon begrifflich an einer Verletzung des rechtlichen Gehörs.

89) Vgl. etwa BVerfG 9, 303 (304).

90) König, DVBl. 1959, 189 (196); Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 95.

91) Schumann, DRiZ 1963, 388 (390).

Eine dem § 549 ZPO entsprechende Norm gibt es im Verfassungsprozeßrecht nicht. Die Ansicht, daß die Verletzung des Gehörs daher einen absoluten Verfassungsbeschwerdegrund darstelle,⁹² ist aber vereinzelt geblieben.

Die Einhelligkeit des Ergebnisses in dieser Frage ist umso erstaunlicher, als die konstante Praxis des schweizerischen Bundesgerichts zu Art. 4 S. 1 Bundesverf. entgegengesetzt ist (sog. "formelle Natur" des Anspruchs auf rechtliches Gehör).⁹³

Nach schweizerischer Rechtspraxis braucht also die beschwerende Entscheidung nicht auf der Gehörsverweigerung zu beruhen, ein Kausalzusammenhang zwischen Gehörsverweigerung und materieller Beschwer nicht zu bestehen. Die Gehörsverweigerung führt an sich schon zur Kassation des Entscheids. Der Gehörsanspruch ist damit von seinem sekundären Zweck, der Beeinflussung des Verfahrensergebnisses durch den Betroffenen, losgelöst und insofern verselbständigt. Das Recht um Gehör ist um seiner selbst willen zu respektieren.

Wegen der geringen Anforderungen an die Darlegung des Beruhens sind die praktischen Auswirkungen im Ergebnis nur gering. Allerdings wird die Auslegung des schweizerischen Rechts der Subjektstellung der Beteiligten sicherlich besser gerecht und gibt ihm zumindest vom Ansatz her eine merklich stärkere Stellung als im deutschen Recht.⁹⁴ Die Prüfung des Beruhens führt nämlich dazu, daß diejenigen Fälle, in denen das rechtliche Gehör in der (sich später bestätigenden) Erwartung versagt wurde, der Beteiligte werde durch seine Stellungnahme den Ausgang des Verfahrens doch nicht beeinflussen können, unsanktioniert bleiben. Erweist sich diese von einem rein instrumental-Verständnis des rechtlichen Gehörs ausgehende Annahme des Richters als zutreffend, so beruht die Entscheidung nicht auf der unterlassenen Anhörung und kann auf die Verfassungsbeschwerde hin nicht aufgehoben werden.

Eine modifizierte Beruhensprüfung enthält das schweizerische Recht übrigens auch. Die Verletzung einer das rechtliche Gehör konkretisierenden Verfahrensvorschrift wird nämlich nicht automatisch als Gehörsverletzung angesehen, sondern nur, wenn der Beteiligte dadurch tatsächlich in seinem Äußerungsrecht beeinträchtigt wurde.⁹⁵

3. Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde

Trotz potentieller Erheblichkeit übergangenen Vorbringens und der Möglichkeit, daß die Entscheidung auf ihm beruht, geben die Verfassungsgerichte Verfassungsbeschwerden dann nicht statt, wenn der Beschwerdeführer von den nach Lage der Sache gegebenen Möglichkeiten, sich rechtliches Gehör

92) Kniestedt, NJW 1960, 853; wohl auch Scherer, S. 229 f.

93) BG 99, I (8); Reinhardt, S. 145; Tinner, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2, 295 (404 f.); Sträuli-Messmer, § 56 Rdnr. 1: "Nach feststehender Rechtsprechung ist der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur, das heißt, dessen Verletzung hat die Aufhebung des angefochtenen Entscheids auch dann zur Folge, wenn der Beschwerdeführer ein materielles Interesse hieran nicht nachzuweisen vermag."

zu verschaffen, keinen Gebrauch gemacht hat.⁹⁶

Nach anderer Ansicht⁹⁷ soll es in solchen Fällen bereits an einem Verstoß gegen das rechtliche Gehör fehlen, weil eine Äußerungsmöglichkeit nicht ausgenutzt worden sei. Für die Verfassungsbeschwerde hat der Streit nur akademische Bedeutung; die Gegenmeinung macht indessen auch die Revision ohne zwingenden Grund zu einem nur subsidiären Rechtsbehelf.^{97a}

Zu den hiernach zu ergreifenden Möglichkeiten zählt die Herbeiführung einer Entscheidung des Gerichts nach § 140 ZPO, wenn eine prozeßleitende Maßnahme beanstandet werden soll,⁹⁸ der Antrag auf Gewährung einer Erklärungsfrist, um zu gegnerischem Vortrag Stellung nehmen zu können (§ 283 ZPO),⁹⁹ die Geltendmachung erheblicher Gründe, einen Verkündungstermin aufzuheben (§ 227 ZPO),¹⁰⁰ Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren muß auch ein möglicher Antrag auf Beiladung gestellt sein,¹⁰¹ die Partei muß um Verlesung einer Aussage auch dann bitten, wenn dies nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist.¹⁰² Auch Vorschriften, durch die man sich nachträglich Gehör verschaffen kann, gehören hierher,¹⁰³ insbesondere muß ein möglicher Wiedereinsetzungsantrag gestellt sein.¹⁰⁴

94) Reinhardt, S. 153 f.

95) Reinhardt, S. 252.

96) BVerfG 5, 9 (10); 28, 10 (14); MDR 1981, 470; BayVerfGH 14, 47 (48); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 61; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 73c; Giese-Schunck, Art. 103 Anm. II 1; Jacobi, S. 98; Hamann, Art. 103 Anm. B 2 a und AnwBl. 1958, 141 (148); Stein-Jonas-Pohle, 19. Aufl., vor § 128 Anm. IX 3; Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 23; Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV c 1; Waechter, Betrieb 1971, 289 (290); Leonhard, Rpfleger 1964, 37; Seidel, S. 23 f.; Behrendt, S. 28; Jansen, S. 27; Dahs, S. 123; BayVerfGH 16, 1 (4); 17, 13 (16); 20, 78 (84); 32, 71 (74).

97) Rüping, S. 146; Kollhosser, S. 97; Eyermann-Fröhler, § 138 VwGO Rdnr. 4; Dürig, AP Art. 103 GG Nr. 2; BayVerfGH 23, 177 (180); 24, 178 (180); 33, 101 (102) und 140 (143).

97a) S. dazu o. § 18 III 2 a bei Fn. 39.

98) So - selbst für die Revision - RG, JW 1910, 114.

99) BVerfG, MDR 1981, 470.

100) BVerfG, MDR 1981, 470.

101) BVerfG 15, 245 (267); Behrendt, S. 29; a. A. für den Beitritt als Neben-intervenient Zeuner, Rechtliches Gehör, S. 7, weil es immer nur darum gehen könne, sich in einem Verfahren Gehör zu verschaffen, an dem man bereits beteiligt sei.

102) BVerwG, NJW 1976, 1283 (auch für die Revision); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 128 Anm. 4 A.

103) BVerfG 33, 192 (194); BayVerfGH 16, 1 (6); v. Winterfeld, NJW 1961, 849 (853).

104) BVerfG 42, 252.

Diese Betonung der Mitwirkungspflichten der Parteien ist nicht etwa ein Mittel gegen eine "Ausuferung" des rechtlichen Gehörs,¹⁰⁵ sondern ergibt sich ohne weiteres aus der selbstverantwortlichen Stellung der Beteiligten:¹⁰⁶ *lex vigilantibus scripta est!*

105) So aber Kopp, AöR 106, 604 (626).

106) Vgl. o. § 3 III 1 b.

§ 20. Die Selbstkontrolle der Zivilgerichte

In nicht wenigen Fällen einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch eine nach den Vorschriften der ZPO nicht mehr anfechtbare Entscheidung erscheint die Einlegung der Verfassungsbeschwerde mit ihrer ausschließlich kassatorischen Wirkung (§ 95 II BVerfGG) sowohl für die Beteiligten wegen der Verzögerung einer endgültigen Entscheidung als auch für das BVerfG wegen seiner erheblichen Belastung mit bereits ausgetragenen Fragen des rechtlichen Gehörs höchst unbefriedigend. Weitaus zweckgerechter wäre eine Korrektur durch die Zivilgerichte selbst. Für die Durchführung einer vom BVerfG so genannten "Selbstkontrolle"¹ bieten sich mehrere Wege an.

I. Vermeidung der Verfassungsbeschwerde

Das BVerfG hat seine Entlastung von unproblematischen Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen wiederholt gefordert. Es hat die Einschaltung des BVerfG einen "vermeidbaren Umweg" genannt, besonders in den Fällen versehentlicher Nichtberücksichtigung von Vorbringen. Alles spreche hier für eine Selbstkontrolle der Fachgerichte und gegen die Entscheidung eines Verfassungsorgans, das mit anderen vordringlichen Aufgaben belastet sei.² Das BVerfG übt nämlich hier eine Tätigkeit aus, die der eines Instanzgerichts vergleichbar ist; die Notwendigkeit seiner Einschaltung beruht regelmäßig darauf, daß eine Entscheidung unanfechtbar oder der Fehler in letzter Instanz aufgetreten ist. Hier muß das BVerfG - wegen seiner Überlastung oft nach relativ langer Zeit - in die Rechtskraft eingreifen und die Sache zurückverweisen, da es nicht selbst entscheiden kann.³ Das BVerfG hat deshalb von den Zivilgerichten verlangt, daß sie zur Aufrechterhaltung seiner Funktionsfähigkeit durch eine sinnvolle Auslegung der Verfahrensvorschriften etwaige Verfahrensverstöße selbst beseitigen, um eine Verfassungsbeschwerde entbehrlich zu machen. Unter dem Gesichtspunkt wirksamen Grundrechtsschutzes

1) Dieser Begriff wird erstmals in BVerfG 42, 243 (248) verwendet.

2) BVerfG 42, 243 (248 f.); 46, 185 (187); 47, 182 (191); BGH 71, 70 (73).

3) BVerfG 49, 252 (259 f.); ähnlich BVerfG 60, 96 (98 f.).

sei es geboten, für den Fall der Verletzung des rechtlichen Gehörs ein Rechtsmittel zuzulassen, wenn die Auslegung der einschlägigen Verfahrensvorschriften dies ermögliche.⁴

Das BVerfG hat es aber hierbei nicht bewenden lassen, sondern sich für befugt gehalten, eine derartige Auslegung des einfachen Rechts selbst vorzunehmen, um Verfassungsbeschwerden zu vermeiden.

Dies geschah erstmals für die strafprozessuale Vorschrift des § 33a StPO;⁵ aber auch für den Zivilprozeß. Hier hat das BVerfG behauptet, daß es mit dem GG nicht vereinbar sei, wenn ein Gericht die Auslegung des § 568 II ZPO, die ihm die Überprüfung der Vorentscheidung am Maßstab des Art. 103 I GG gestattet, mit der Begründung ablehnt, dafür stehe dem Betroffenen die Verfassungsbeschwerde zur Verfügung. Das BVerfG hat vielmehr die Auslegung verlangt, die zu einer Überprüfungsmöglichkeit durch das Gericht selbst führt.⁶

Es ist nicht zu verkennen, daß sich das BVerfG dadurch weit außerhalb seiner Kompetenz begeben hat, denn man kann nicht gut behaupten, ein Gericht, das sich durch Vorschriften der ZPO gehindert sieht, einen Verstoß gegen Art. 103 I GG selbst zu beheben, verletze dadurch das rechtliche Gehör. Die Entscheidung des BVerfG rechtfertigt sich ausschließlich aus dem Bestreben, die Zivilgerichte durch die Bindungswirkung des § 31 I BVerfGG zu der vom Verfassungsgericht gewünschten Selbstkontrolle notfalls zu zwingen. Die Entscheidung des BVerfG zu § 568 II ZPO hat eine gefestigte Rechtsprechung zahlreicher Oberlandesgerichte festgeschrieben und begegnet daher im Ergebnis keinen erheblichen Bedenken. Dennoch sollten es die Zivilgerichte möglichst vermeiden, daß es zu derartigen Entscheidungen des BVerfG kommt, indem sie die geforderte Selbstkontrolle von sich aus üben und damit die Chance einer dynamischen Rechtsentwicklung in der Hand behalten, die durch solche bindenden Entscheidungen des BVerfG zum Stillstand gebracht wird, weil neue Argumente in der Praxis keine Durchsetzungschance mehr haben. Hierfür bieten sich besonders drei Wege

4) BVerfG 49, 252 (256); 60, 96 (99); NJW 1982, 2368; BayVerfGH 27, 109 (116).

5) BVerfG 42, 243 (248 f.).

6) BVerfG 49, 252; zustimmend Thomas-Putzo, 12. Aufl., Einl. I 4 e; Baumann, Rdnr. 79; Kissel, Einl. Rdnr. 167; Schäfer, BayVBl. 1976, 679 (680); vgl. auch Goerlich, DÖV1979, 133 (134).

an: die Überprüfung der Entscheidung durch das im Rechtsmittelzug höhere Gericht, die Überprüfung der Entscheidung durch das Gericht, das den Verstoß begangen haben soll, selbst und schließlich die Überprüfung der angeblich unter Gehörsverletzung ergangenen Entscheidung im Wiederaufnahmeverfahren.

II. Erweiterung des Instanzenzugs

Die am nächsten liegende Möglichkeit einer Korrektur von Verstößen besteht darin, das im Instanzenzug vorgeordnete Gericht diesen Mangel beheben zu lassen, auch wenn kein Instanzenzug dorthin zur Verfügung steht.

1. Grundsatz der Unanfechtbarkeit

Gerade diese Möglichkeit wird aber von der ganz überwiegenden Meinung abgelehnt. Unter Zustimmung der Verfassungsgerichte⁷ betonen Rechtsprechung⁸ und Literatur⁹ fast einhellig, die Verletzung des rechtlichen Gehörs eröffne oder erweitere nicht einen andernfalls nicht bestehenden Instanzenzug. Einen allgemeinen Rechtssatz, daß die Verletzung einer noch so grundlegenden Verfahrensvorschrift diese Folge habe, gebe es nämlich nicht.

7) BVerfG 28, 88 (95 f.); 34, 1 (6); 42, 252 (254); 49, 252 (256); 60, 96 (98); BayVerfGH 27, 109 (116).

8) BGH 43, 12 (19 ff.); BGH, NJW 1957, 713 und 1978, 1585; BGH, LM § 24 LwVG Nr. 25; BAG, NJW 1973, 870 (871); BFH, Betrieb 1977, 2264; LAG Hamm, MDR 1972, 362; BDiszH, DVBl. 1964, 80; LG Würzburg, JurBüro 1971, 636.

9) Lerche, ZZP 78, 1 (24 Fn. 57); Sax, KMR, Einl. XI Rdnr. 27; Kurth, S. 193; D. Brüggemann, JR 1969, 361 (369); Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 103 Rdnr. 89; Henckel, ZZP 77, 321 (333 ff.); Stein-Jonas-Grunsky, Allg. Einl. vor § 511 Rdnr. 44; Jauernig, 19. Aufl., § 29 III; Zeiss, § 32 III 3; Behrendt, S. 29; Grunsky, § 25 III 2; Kopp, AöR 106, 604 (610); Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 567 Anm. 1 C; Rüping, BK, Art. 103 Rdnr. 92; Seidel, S. 84; Kissel, Einl. Rdnr. 167; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 24 f.; H. Schmidt, S. 189 ff.; Kramer, NJW 1978, 1411 (1416); Ortlieb, S. 30; Prütting, S. 97; Rausche, S. 18; Wieczorek, 2. Aufl., § 128 Anm. G IV f.; Stehmann, S. 102; Krüger, DÖV 1962, 744 (745); für die freiwillige Gerichtsbarkeit Keidel, S. 175; Jansen, S. 29 (Fn. 76); zweifelnd Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 567 Anm. XVI; früher anders Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 34. Aufl., § 511a Anm. 2 B: Bei Verstößen gegen das rechtliche Gehör "immer Berufung" (anders jetzt 41. Aufl., § 511a Anm. 2 B); für das österreichische Recht vgl. Holzhammer, S. 134.

Die Frage wurde in den Fünfzigerjahren vor allem im Strafprozeß im Hinblick auf die Vorschrift des § 310 II StPO diskutiert, der die weitere Beschwerde im Regelfall ausschließt. Erging eine Beschwerdeentscheidung ohne vorhergehendes Gehör des Beschwerdegegners, so war umstritten, ob dieser entgegen § 310 II StPO die Beschwerdeentscheidung mit der weiteren Beschwerde angreifen könne, um sich Gehör zu verschaffen. Während die Gegner auf den Wortlaut des Gesetzes und darauf verwiesen, daß es keine sichere Grenze mehr gebe, wenn man erst einmal die Aufweichung der Rechtsmittelvorschriften zulasse,¹⁰ stellten sich die Gegner auf den Standpunkt, für den nicht gehörten Beschwerdegegner sei die weitere Beschwerde eigentlich die erste Beschwerde, die ihm deshalb nicht versagt werden könne, ferner, es sei besser, daß der Mangel im erweiterten Instanzenzug als durch das BVerfG geheilt werde.¹¹ Für den Strafprozeß hat sich das Problem durch die Schaffung des § 311a StPO, der eine nachträgliche Anhörung und Änderungsbefugnis durch das Beschwerdegericht vorsieht, gelöst. Für den Zivilprozeß ist die Frage nach wie vor aktuell.

Im Grundsatz verdient die Ansicht, daß kein besonderer Instanzenzug eröffnet ist, zweifellos Zustimmung: Wenn der BGH im Revisionsverfahren oder das LG als Berufungsinstanz das rechtliche Gehör verkürzt, ergibt sich ihre Richtigkeit schon daraus, daß hier gar keine Instanz existiert, die zur Entscheidung über den Fall berufen sein könnte. Eine allgemeine Selbstkontrolle hinsichtlich aller Entscheidungen ist auf diesem Weg also nicht zu erreichen. Indessen ist dies auch nicht das Ziel der Forderung; vielmehr soll das BVerfG von Verfassungsbeschwerden entlastet werden, die typischerweise eine besonders große Gefahr von Gehörsverletzungen bieten. Hier ist an erster Stelle das Beschlußverfahren zu nennen.

10) OLG Celle, NdsRpfl. 1956, 170; OLG Schleswig, SchlHA 1954, 210; BayObLGSt. 1955, 1; OLG Neustadt, NJW 1960, 257; OLG Hamm, VRS 8, 135 und JZ 1952, 310; OLG Hamburg, JR 1955, 233; OLG Frankfurt, NJW 1960, 736 mit abl. Anm. von Leise; KG, JR 1962, 311; OLG Braunschweig, NJW 1962, 753; OLG Bremen, NJW 1963, 1321; Koeniger, S. 246; Rumpel, S. 133; Röhl, MDR 1955, 522 (524), NJW 1958, 1268 (1269) und 1964, 273 (274).

11) OLG Celle, NdsRpfl. 1954, 188; OLG Braunschweig, JZ 1953, 640 mit abl. Anm. von K. Peters; OLG Stuttgart, GA 1955, 126 und NJW 1959, 2080; OLG Koblenz, JZ 1959, 31 mit zust. Anm. von Eb. Schmidt; Schorn, Menschenwürde, S. 89; Dahs, S. 109 f.; Eb. Schmidt, § 310 Anm. 2; ebenso für die EMRK: Schorn, EMRK, Art. 6 I I Anm. 43.

2. Ausnahmen im Beschlußverfahren

Eine Erweiterung des Instanzenzugs gegen an sich unanfechtbare Beschlüsse wird in einer Reihe von Fällen vertreten und entspricht teilweise bereits der überwiegenden Meinung.

a) Unanfechtbare erstinstanzliche Entscheidungen

Verweisungsbeschlüsse sind nach § 281 II 1 ZPO unanfechtbar. Man nimmt aber überwiegend an, daß diese Regel für Verweisungsbeschlüsse, die ohne Gehör des Beklagten ergangen sind, nicht gilt und eine Aufhebung auf Beschwerde erfolgen kann.¹²

Eine andere Frage ist es, ob das Gericht, an das verwiesen wurde, auch ohne Beschwerde die Bindungswirkung verneinen darf.¹³ Das ist aber, da der Beklagte sich jedenfalls durch seine Beschwerde Gehör verschaffen kann, kein Problem des rechtlichen Gehörs.

Dasselbe gilt für Zuständigkeitsbestimmungen nach § 36 ZPO, die § 37 II ZPO der Anfechtung durch die Parteien entzieht. Wurde vor Erlaß einer solchen Entscheidung kein rechtliches Gehör gewährt, so kann sie mit Beschwerde angefochten werden.¹⁴

Unanfechtbar sind auch Entscheidungen, die einem Richterablehnungsgesuch stattgeben (§ 46 II ZPO). Auch hier ist jedoch eine einschränkende Auslegung angebracht, wenn der Gegner vor der Entscheidung nicht gehört worden ist, und eine Beschwerde in diesem Fall ausnahmsweise als zulässig anzusehen.¹⁵

12) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 39 II 2 e; Schönke-Kuchinke, § 36 III 2; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 281 Anm. 3; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 281 Anm. III 3 c; Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 84k; BGH 71, 69 (72 f.); BayObLG, MDR 1980, 583; OLG Koblenz, Rpfleger 1974, 26; OLG Frankfurt, NJW 1962, 449 (450) und MDR 1980, 583; LG Stade, MDR 1961, 152; LG Mannheim, MDR 1965, 582; LG Mainz, Rpfleger 1971, 186; LG Köln, Rpfleger 1970, 251; BGH, NJW 1980, 192; BAG, AP § 36 ZPO Nr. 9 mit abl. Anm. von Mes; E. Schneider, DRiZ 1983, 24 (25); a. A. Dunz, NJW 1962, 814; Henckel, ZZP 77, 321 (322); Stein-Jonas-Schumann-Leipold, 19. Aufl., § 276 Anm. IV 2 (Fn. 41).

13) Vgl. einerseits Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 39 II 2e, andererseits E. Schneider, DRiZ 1983, 24 (26), je mit weiteren Nachw.

14) Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 84 k; a. A. Stein-Jonas-Schumann, 20. Aufl., § 37 Rdnr. 3.

§ 341 II ZPO gestattet die Beschwerde gegen einen Beschluß, der den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbescheid oder ein Versäumnisurteil verwirft, nur dann, wenn die Berufungssumme erreicht wird. Hier wird neuerdings die Beschwerde auch bei Nichterreichen der Berufungssumme für zulässig gehalten, wenn vor dem Beschluß kein rechtliches Gehör gewährt wurde.¹⁶

Die Zulassung der Beschwerde ist hier nicht unbedenklich, da statt dieses Beschlusses auch ein Urteil ergehen könnte und hiergegen die Berufung ohne Berufungssumme nicht in Betracht käme. Indessen rechtfertigt sie sich daraus, daß die Gefahr einer Gehörsverletzung in der mündlichen Verhandlung typischerweise geringer ist als im Beschlußverfahren.

Dieselbe Ansicht ist für die Beschwerde gegen ohne rechtliches Gehör ergangene andere Beschlüsse vertreten worden, bei denen die Beschwerdesumme nicht erreicht wurde.¹⁷

Alle diese Entscheidungen stellen maßgeblich auf die Besonderheiten des Verfahrens ab, in denen sie ergangen sind; als allgemeiner Grundsatz wird die Zulassung der Beschwerde gegen unanfechtbare, unter Verstoß gegen das rechtliche Gehör ergangene Entscheidungen sogar ausdrücklich abgelehnt.¹⁸ Ein solcher Unterschied ist aber nicht zu rechtfertigen: Der in den erwähnten Fällen zum Ausdruck kommende Gedanke, daß es besser sei, wenn gegen eine Entscheidung, vor der Gehör hätte gewährt werden müssen, ausnahmsweise die Beschwerde zugelassen werde, als wenn der Betroffene auf den Weg zum BVerfG verwiesen werden muß, ist für alle Fälle anzuwenden, in denen vor Erlass eines erstinstanzlichen Beschlusses rechtliches Gehör zu gewähren ist.

15) OLG Frankfurt, MDR 1979, 940; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 46 Anm. 2 A; Zöller-Vollkommer, 13. Aufl., § 46 Anm. III 1; Seetzen, NJW 1982, 2337 (2341).

16) LG Zweibrücken, MDR 1980, 675; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 341 Anm. 3; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 341 Anm. 3 b; Seetzen, NJW 1982, 2337 (2342); a. A. Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 341 Anm. 4 b bb.

17) OLG Neustadt, MDR 1958, 702; a. A. LG Würzburg, JurBüro 1971, 636.

18) Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 567 Anm. 4; BGH, NJW 1978, 1585; OLG Celle, NdsRpfl. 1974, 127; E. Schneider, JurBüro 1974, 438 (446).

b) Nicht weiter anfechtbare zweitinstanzliche Entscheidungen

Beschwerdeentscheidungen sind mit weiterer Beschwerde nach der Intention der ZPO nur bei Vorliegen eines neuen selbständigen Beschwerdegrunds (§ 568 II ZPO), Kostensachen und Entscheidungen der Oberlandesgerichte (§§ 567 III, 568 III ZPO), Vollstreckungsschutzentscheidungen und Festsetzungen des Gegenstandswerts im Zwangsversteigerungsverfahren (§§ 30b III 2, 74a V 3 ZVG) überhaupt nicht anfechtbar.

Nahezu seit Inkrafttreten der ZPO ist die Frage umstritten gewesen, ob die Verletzung des rechtlichen Gehörs in der Beschwerdeinstanz oder gar in beiden Rechtszügen entgegen § 568 II ZPO auch bei zwei übereinstimmenden Entscheidungen die weitere Beschwerde eröffnet.¹⁹ Die weit überwiegende Meinung bejahte schon früher die Frage;²⁰ seitdem das BVerfG diese Auslegung für verfassungsrechtlich geboten erklärt hat,²¹ wird die Frage nicht mehr verneint.²² Die besseren Argumente sprechen wohl schon bei rein prozessualer Argumentation für die Zulassung der Beschwerde: Ein Mangel der erstinstanzlichen Entscheidung wird nämlich bei fehlendem Gehör in zweiter Instanz nicht bestätigt; vielmehr kommt es überhaupt nicht zur Prüfung.

Solche Entscheidungen sind keine *duae conformes*, weil sich das Erstbeschwerdegerecht mit dem Vorbringen des Beschwerdeführers nicht auseinandersetzt. § 568 II ZPO verankert aber genau genommen nicht das Difformitätsprinzip, sondern mit seiner doppelten Negation das Konformitätsprinzip: Gegen *duae*

19) Dies wurde teilweise auch für andere wesentliche Verfahrensmängel angenommen, wobei die Grenze allerdings zweifelhaft ist, vgl. RG 60, 406 (408) einerseits und OLG Hamburg, MDR 1956, 620 andererseits.

20) OLG Hamm, JMBINRW 1958, 7; OLG Nürnberg, BayJMBI. 1962, 110; OLG Köln, OLZ 1975, 365; KG, JW 1931, 3565 und ZZP 90, 417 (418) mit abl. Anm. von Bettermann; OLG Karlsruhe, JW 1928, 741; OLG München, LZ 1928, 475 und Rpfleger 1972, 459; OLG Posen, RsprOLG 30, 112; OLG Celle, MDR 1954, 557 (558); RG 17, 371 (373); 18, 425 (427); 42, 352; JW 1893, 234 (Nr. 10) und 1900, 50; OLG Koblenz, MDR 1979, 765; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 34. Aufl., § 568 Anm. 2 B c; E. Schneider, MDR 1972, 912 (914); Schönke-Kuchinke, § 79 VIII; Kurth, S. 204; Wieczorek, 1. Aufl., § 568 Anm. B IV b 1; Sydow-Busch, § 568 Anm. 3; Röhl, NJW 1958, 1268 (1269); a. A. OLG Düsseldorf, MDR 1970, 934; OLG Zweibrücken, NJW 1971, 1273; OLG Schleswig, NJW 1975, 319; Rosenberg-Schwab, 12. Aufl., § 149 VI 2 c; Stein-Jonas-Grunsky, 20. Aufl., § 568 Rdnr. 8; Bettermann, ZZP 77, 3 (40 ff., 45); Fitting, ZZP 2, 284 (290 f.). Auch OLG Hamm, NJW 1979, 170 teilte die Bedenken der Gegenmeinung, hielt aber die Durchbrechung des Difformitätsprinzips für gewohnheitsrechtlich gerechtfertigt.

21) BVerfG 49, 252; s. auch o. I.

conformes findet keine weitere Beschwerde statt.²³ Soweit diese Auffassung damit bekämpft wird, mit gleichem Recht wie der Anspruch auf rechtliches Gehör könne auch der Anspruch auf eine richtige Entscheidung, also ein materieller Fehler geltendgemacht werden,²⁴ beruht dies auf einem nicht zu billigen rein instrumentalentalen Verständnis des rechtlichen Gehörs,²⁵ durch das die unterschiedliche Qualität beider Zielsetzungen verkannt wird: Ein Anspruch auf die "richtige" Entscheidung ist nicht durchsetzbar, denn wer sollte bestimmen, welche Entscheidung "richtig" ist? Wohl aber kann der Beteiligte beanspruchen und durchsetzen, daß die Entscheidung ohne Versagung rechtlichen Gehörs getroffen wird.

Im Fall des § 568 II ZPO läßt sich die Zulassung der Beschwerde durch eine entsprechende Auslegung des Merkmals des "neuen selbständigen Beschwerdegrunds" rechtfertigen; ein solcher Anknüpfungspunkt fehlt in den vier übrigen Fällen (§§ 567 III, 568 III ZPO; §§ 30b III 2, 74a V 3 ZVG). Dennoch spricht - nachdem die Zuständigkeitsregeln schon einmal durchbrochen sind²⁶ - kein wesentliches Argument gegen eine solche Selbstkontrolle der Zivilgerichte zur Korrektur von Verstößen gegen das rechtliche Gehör. Die weitere Beschwerde ist in diesen Fällen nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie mit dem System der ZPO unvereinbar wäre, sondern aus Zweckmäßigkeitserwägungen, die bei Gehörsverkürzungen gerade zum umgekehrten Ergebnis führen, weil dadurch eine Verfassungsbeschwerde vermieden werden kann.

Augenfällig ist das für § 567 III 1 ZPO. Die erst 1905 zur Entlastung des RG eingefügte Vorschrift schließt die Beschwerde gegen Beschlüsse der Oberlandesgerichte regelmäßig aus. Wenn durch sie freilich das rechtliche Gehör verletzt ist, spricht alles für ihre Aufhebung durch den BGH und nicht das BVerfG. Der BGH hat sich dieser Argumentation leider bisher verschlossen und läßt eine weitere Beschwerde nicht zu.²⁷

22) Im Anschluß an das BVerfG: OLG Köln, NJW 1979, 1834, 1980, 1531; JMBINRW 1981, 101 (102); Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 149 VI; E. Schneider, MDR 1979, 617 (622); Zeller-Stöber, § 1 Rdnr. 58.

23) Insoweit zutreffend Bettermann, ZZP 77, 3 (13).

24) So Bettermann, ZZP 77, 3 (43).

25) S. dazu o. § 3 II. Zu diesem Verständnis bekennt sich Bettermann ausdrücklich, wenn er sagt, das rechtliche Gehör habe "letztlich nur die Aufgabe, die richtige Entscheidung sicherzustellen" (ZZP 77, 3, 44).

26) Bettermann, ZZP 77, 3 (48).

27) BGH, NJW 1978, 1585.

Demgegenüber ist die weitere Beschwerde an das OLG in den Fällen der §§ 568 III ZPO,²⁸ 30b²⁹ und 74a V 3 ZVG³⁰ von einer - allerdings überwiegend abgelehnten Rechtsprechung bereits zugelassen worden, wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt wurde. Diese Meinung verdient Zustimmung.

3. Ausnahmen im Urteilsverfahren

Im Urteilsverfahren hat die Erweiterung des Instanzenzugs nur einen geringen Anwendungsbereich, da im Verfahren mit mündlicher Verhandlung Gehörsverletzungen typischerweise seltener sind. Dem entspricht es, daß eine Ausweitung der vorgesehenen Rechtsmittelmöglichkeiten nur für das schriftliche Verfahren nach §§ 128 II, III ZPO zu fordern ist, in dem es besonders leicht zu einer Gehörsverkürzung kommen kann: Während der Partei im Verfahren mit mündlicher Verhandlung lediglich ein Versäumnisurteil droht und ihr - selbst beim zweiten Versäumnisurteil (§ 513 II ZPO) - die Möglichkeit offensteht, geltendzumachen, daß sie den Termin schuldlos versäumt habe, führt die schuldlose Versäumung des Zeitpunkts, der dem Schluß der mündlichen Verhandlung entspricht, in nicht berufungsfähigen Sachen zu einer auch mit der Rüge versagten Gehörs an sich nicht anfechtbaren Entscheidung. Hier hilft eine entsprechende Anwendung des § 513 II ZPO: Die Partei kann mit der Berufung geltendmachen, daß der Fall der Versäumung des maßgeblichen Zeitpunkts nicht vorgelegen habe, sei es, daß der Zeitpunkt unverschuldet versäumt, sei es, daß er nur scheinbar versäumt wurde, weil der rechtzeitig eingegangene Schriftsatz durch ein Büroversehen des Gerichts nicht rechtzeitig zum Akt gekommen ist. Diese Lösung wird - was bei der Gewagtheit der Analogie überraschen muß - heute mit Recht allgemein gebilligt.³¹ Bei

28) OLG Stuttgart, ZZP 79, 305; für den ähnlichen Fall des § 14 III 2 KostO (weitere Beschwerde ohne Zulassung bei Verletzung des Gehörs) OLG Köln, NJW 1968, 897 (898) und OLG Düsseldorf, Rpfleger 1964, 277; a. A. Fenn, ZZP 79, 308 (312 ff.); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 568 Anm. 4 a; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 149 VI 1; für den Regelfall auch KG, MDR 1980, 322.

29) OLG Schleswig, SchlHA 1957, 160.

30) OLG Hamburg, MDR 1962, 998.

31) BVerfG 60, 96 (98) und NJW 1982, 2368; Kramer, NJW 1978, 1411 (1416); Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 128 Anm. IV 4; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 511a Anm. 6 C; Zöller-Stephan, 13. Aufl., § 128 Anm. I 3 d; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 110 II 2 c; Lüke, S. 44 f.

schriftlichem Verfahren in der Berufungsinstanz muß in gleicher Weise die Revision ohne Zulassung oder Annahme zulässig sein.

Das BVerfG hat zwei Verfassungsbeschwerden in Sachen, in denen diese Möglichkeit nicht genutzt worden war, kurz hintereinander stattgegeben, weil zu Gunsten der Beschwerdeführer dieser Weg noch als zweifelhaft angesehen werden mußte. Es hat aber in der zweiten Entscheidung keinen Zweifel daran gelassen, daß es künftigen Verfassungsbeschwerden mangels Rechtswegerschöpfung (§ 90 II 1 BVerfGG) nicht mehr stattgeben wird, wenn nicht Berufung eingelegt worden ist.

Es ist nicht zu verkennen, daß mit der Zulassung der Berufung entsprechend § 513 II ZPO gegen Urteile im schriftlichen Verfahren die Starrheit der Zuständigkeitsordnung einen weiteren Einbruch erfahren hat. Von einem Bruch mit dem Grundsatz, daß die Verletzung des rechtlichen Gehörs kein nicht vorgesehenes Rechtsmittel eröffne, wird man aber nicht sprechen können.³²

Auch nach der hier vertretenen Meinung lassen sich nicht alle Entscheidungen, gegen die ein Rechtsmittelzug "an sich" eröffnet ist, korrigieren. Berufung gegen ein Urteil auf Grund mündlicher Verhandlung ohne Berufungssumme und Revision gegen ein Berufungsurteil ohne Erreichen der Revisionssumme oder Zulassung müssen versagt bleiben, auch wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt wird.³³ Diese typischerweise eine gute Gewähr für die Wahrung des rechtlichen Gehörs bietenden Verfahren können nur im Weg der Wiederaufnahme einer Selbstkontrolle zugeführt werden.

III. Korrektur in derselben Instanz

1. Gegenvorstellung im Beschlußverfahren

Im Beschlußverfahren ist von der überwiegenden Meinung prinzipiell anerkannt, daß nicht weiter anfechtbare Beschlüsse durch das letztinstanzliche Gericht auf Gegenvorstellung abgeändert werden können.

Das gilt zunächst für die Beschlüsse der Oberlandesgerichte, die auf einfache Beschwerde ergangen und wegen § 567 III ZPO nicht weiter anfechtbar sind.³⁴

32) So Seetzen, NJW 1982, 2337 (2342).

33) Für die Revision: BGH, LM Art. 103 GG Nr. 2; BGH, MDR 1961, 309 und NJW 1965, 1332; BVerwG, NJW 1965, 168; KG, NJW 1966, 1365; Kennweg, S. 136.

Stärker umstritten ist die Frage einer Änderungsbefugnis bei unanfechtbaren Beschlüssen, die auf sofortige Beschwerde ergangen sind.³⁵

Im Fall des OLG Nürnberg, NJW 1979, 169 war eine Beschwerde vom OLG versehentlich und unter Verletzung des rechtlichen Gehörs (§ 278 III ZPO) als unzulässig verworfen worden, weil es den Anwalt irrig als nicht postulationsfähig ansah. Da der BGH die wünschenswerte Zulassung der sofortigen weiteren Beschwerde in diesem Fall ablehnt, hat das OLG Nürnberg seine Entscheidung mit Recht auf Gegenvorstellung aufgehoben.

Dieser Eingriff in die Rechtskraft der Beschlüsse darf nicht weitergehen als durch das rechtliche Gehör geboten. Da auch die Verfassungsbeschwerde gegen einen unanfechtbaren Beschluß fristgebunden ist, erscheint es gerechtfertigt, daß die Gegenvorstellung innerhalb der Frist für die sofortige Beschwerde angebracht werden muß. Für die Beschlüsse, die, wenn es § 567 III ZPO nicht gäbe, der sofortigen Beschwerde unterliegen würden, versteht sich das von selbst. Für auf einfache Beschwerde ergangene Beschlüsse kann aber nichts anderes gelten.

Gegenvorstellungen gegen Beschlüsse passen weniger gut ins System der ZPO als eine Erweiterung des Instanzenzugs gegen sie, da die Abänderung einer Entscheidung durch das erkennende Gericht nicht vorgesehen ist, wohingegen die Erweiterung des Instanzenzugs die Möglichkeiten nutzt, die die Prozeßordnung ohnehin schon vorsieht. Unter dem Gesichtspunkt effektiver Gewährung rechtlichen Gehörs und Vermeidung der Verfassungsbeschwerde stehen die beiden Wege freilich gleichwertig nebeneinander, und einer gesetzlichen Regelung stünde es frei, einen der beiden Wege ausschließlich vorzuschreiben. Für den Strafprozeß hat sich der Gesetzgeber in den §§ 33a, 311a StPO für die Gegenvorstellung entschieden.

Vom BVerfG gefordert wie die weite Auslegung der §§ 513 II und 568 II ZPO sind Gegenvorstellungen gegen unanfechtbare Beschlüsse bisher nicht.³⁶ Die immerhin denkbare Anwendung des § 33a StPO hat es bislang nicht in Betracht gezogen.³⁷ Vereinzelt geblieben ist die Ansicht Brüggenmanns, § 33a StPO sei der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der bereits de lege lata für den Zivilprozeß Gültigkeit beanspruche.³⁸

34) OLG Düsseldorf, MDR 1968, 767; OLG Bremen, JurBüro 1978, 601; OLG Hamm, JurBüro 1976, 1120 mit Anm. von Mümmeler; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 567 Anm. 1 C; Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 567 Anm. IX 4; Kunz, S. 279; B. Werner, S. 68; H. Schmidt, S. 198; a. A. Ratte, S. 109; Fenn, ZZP 90, 111 (113 f.); Baumgärtel, MDR 1968, 970 (973); OLG Düsseldorf, MDR 1977, 235.

35) Bejahend: OLG Nürnberg, NJW 1979, 169; OLG Frankfurt, AnwBl. 1980, 70 und JurBüro 1975, 660; KG, JW 1931, 3566; B. Werner, S. 79; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 567 Anm. 1 C a; verneinend: Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 567 Anm. IX 3; Stein-Jonas-Grunsky, 20. Aufl., § 577 Rdnr. 10; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 60 II 1 d; H. Schmidt, S. 58, 126.

2. "Anhörungsrüge" im Urteilsverfahren

Von der Anerkennung der Abänderbarkeit letztinstanzlicher Beschlüsse liegt der Gedanke nicht fern, auch die Abänderung nicht mehr anfechtbarer Urteile durch das erkennende Gericht zuzulassen, wenn das rechtliche Gehör versagt worden ist. Unter der Bezeichnung "Anhörungsrüge" wurde die Gegenvorstellung vor einigen Jahren als ein probates Mittel propagiert, die nicht seltenen Fälle versehentlicher Versagungen rechtlichen Gehörs vor einem Urteil³⁹ der Entscheidung des BVerfG zu entziehen und dadurch gleichzeitig das Ansehen der Justiz zu fördern.⁴⁰

Nach einem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums sollte die Anhörungsrüge gegen Endurteile der Zivilurteile mit der Begründung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs zulässig sein, wenn eine Rüge durch Einspruch oder Rechtsmittel nicht möglich ist. Das Gericht, dessen Verfahren gerügt wird, sollte eine unzulässige oder unbegründete Anhörungsrüge durch unanfechtbaren Beschluß zurückweisen und andernfalls die Hauptsache, soweit von der Gehörsverletzung betroffen, neu verhandeln. Sowohl der Deutsche Anwaltsverein⁴¹ als auch der Deutsche Richterbund⁴² haben sich freilich wegen der Mehrbelastung der Gerichte dagegen ausgesprochen; das Vorhaben wird daher offenbar nicht weiter verfolgt, wenn es auch nicht ausdrücklich aufgegeben wurde.^{42a}

Neuerdings wird behauptet, die Anhörungsrüge sei bereits im geltenden Recht für zulässig zu halten und stelle die beste Lösung für eine wirksame Selbstkontrolle der Fachgerichte dar.⁴³

Seetzen⁴⁴ hat dabei namentlich an die Gegenvorstellung gegen solche Beschlüsse angeknüpft, die, wie eine Kostenentscheidung im Fall des § 91a ZPO in materielle Rechtskraft erwachsen und daher "urteilsvertretend" seien. Zwar sei die Gegenvorstellung gegen Urteile in der ZPO nicht vorgesehen, indessen liege eine Lücke vor, die nach den allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht zu lösen sei.⁴⁵

36) Vgl. aber auch BVerfG 55, 1 (5).

37) Vgl. BVerfG 46, 185 (187).

38) D. Brüggemann, JR 1969, 361 (369).

39) Beispiele in BVerfG 40, 101; 42, 172; 46, 185; 48, 394.

40) Mußnug, NJW 1978, 1358 (1359); E. Schneider, MDR 1979, 617 (622); Berkemann, JR 1980, 268 (270); Benda, NJW 1980, 2097 (2102); Hübsch, DRiZ 1980, 140. In den Fällen bewußten "Übersehens" von Vorbringen hilft die Anhörungsrüge freilich nichts, wie Deubner, NJW 1980, 263 (267) mit Recht betont.

41) Vgl. Schulz, ZRP 1980, 332 (333).

Die Annahme einer Lücke muß freilich an § 318 ZPO scheitern. Aus dieser Vorschrift ergibt sich eindeutig die Bindung des Gerichts an sein Urteil, über die sich die Zulassung einer Anhörungsrüge ohne gesetzliche Normierung hinwegsetzen würde. Mit der Bindungswirkung in § 281 II 2 ZPO, die bei Verletzung des rechtlichen Gehörs zurückzustehen hat,⁴⁶ ist dieser Fall nicht zu vergleichen. Bei § 318 ZPO handelt es sich nicht um eine technische Regelung, sondern um einen tragenden Grundsatz des Zivilprozesses, von dem nur der Gesetzgeber den Richter befreien kann. Eine Vergleichbarkeit mit der nachträglichen Abänderung von Beschlüssen ist auch deshalb abzulehnen, weil das Beschlußverfahren im Vergleich zum Urteilsverfahren eine typischerweise größere Gefahr von Gehörsverstößen und damit Quellen einer unrichtigen Entscheidung enthält.⁴⁷

Kaum Gewicht hat dagegen das Argument einer unzulässigen Durchbrechung der Rechtskraft. Auch eine Verfassungsbeschwerde führt notwendigerweise zu einer solchen Durchbrechung, die den Gegner typischerweise sogar stärker trifft, weil die zeitliche Verzögerung bis zur endgültigen Entscheidung regelmäßig größer ist.

3. Urteilsberichtigung und Ergänzungsurteil

Sonderfälle versagten rechtlichen Gehörs lassen sich durch weite Auslegung der §§ 319, 321 ZPO korrigieren. Nahezu alle hier vorgeschlagenen Möglichkeiten sehen sich aber erheblichem Widerstand in Rechtsprechung und Literatur gegenüber.

a) Verurteilung einer nichtbeteiligten Partei

Der erste hier zu nennende Fall ist die Verurteilung einer am Prozeß nicht beteiligten Partei. Diese Situation kann sich beispielsweise dann ergeben,

42) Nach einer Mitteilung von Marqua, DRiZ 1980, 435 (436).

42a) Vgl. zum Ganzen Seetzen, NJW 1982, 2337 (2339).

43) Seetzen, NJW 1982, 2337 (2342 ff.), kritisch Braun, NJW 1983, 1403.

44) Seetzen, NJW 1982, 2337 (2343).

45) Vgl. BVerfG 37, 67 (81).

46) S. o. bei Fn. 12.

47) B. Werner, S. 74 ff.; vgl. auch o. § 7 VII 2 a.

wenn von zwei Streitgenossen nur einer Berufung eingelegt hat, aber die Berufung gegen beide Streitgenossen zurückgewiesen wird.⁴⁸ Hier ist eine Urteilsberichtigung (§ 319 ZPO) zu erwägen. Der Wortlaut des § 319 ZPO spricht freilich gegen diese Lösung: "Offenbare Unrichtigkeiten" sind nur Diskrepanzen von Willensbildung und Willenserklärung; hier dagegen liegt ein Fehler in der Willensbildung vor, der nach überwiegender Meinung keine Berichtigung gestattet.⁴⁹

Ich halte die andernfalls notwendige Verfassungsbeschwerde der nichtbeteiligten Partei auch hier für einen vermeidbaren Umweg: Ein Eingriff in die Rechtskraft ist ohnehin nicht zu vermeiden, und das Verfahren nach § 319 ZPO stellt, wenn keine weiteren Feststellungen zu treffen sind, den einfachsten und zweckmäßigsten Weg dar, den Verstoß gegen das rechtliche Gehör zu korrigieren.⁵⁰

b) Verurteilung ohne Antrag

Wird eine Partei zu mehr verurteilt, als ihr Gegner beantragt hatte, so wurde ihr zu dem nicht beantragten Teil ihrer Verurteilung kein rechtliches Gehör gewährt.⁵¹ Hier bietet eine entsprechende, gewissermaßen "umgekehrte" Anwendung des § 321 ZPO eine geeignete Lösung, die die ansonsten erforderliche Verfassungsbeschwerde vermeidet.⁵²

48) Fall des LG Stade, NJW 1979, 168.

49) OLG Köln, NJW 1960, 1471 /1472); OLG Düsseldorf, NJW 1973, 1132; KG, NJW 1975, 2107; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 319 Anm. 2 A; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 319 Anm. 2a; Zöller-Vollkommer, 13. Aufl., § 319 Anm. II 1; Wieczorek, 2. Aufl., § 319 Anm. B 1; Seetzen, NJW 1982, 2337 (2340); a. A. RG 90, 228 (232); Stein-Jonas-Schumann-Leipold, 19. Aufl., § 319 Anm. I 1.

50) LG Stade, NJW 1979, 168 mit abl. Anm. von Pruskowski, NJW 1979, 931; ähnlich für Kostenentscheidungen) OLG Frankfurt, NJW 1970, 436; OLG Köln, MDR 1980, 761; ablehnend Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 60 I 3 a ; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 319 Anm. 2 D b; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 319 Anm. 2a; offen Zöller-Vollkommer, 13. Aufl., § 319 Anm. II 1.

51) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 134 I 1 b; Klette, ZJP 82, 93 (94); Melissinos, S. 15 f.; E. Schneider, MDR 1979, 617 (620); BAG, NJW 1971, 1332.

c) Revisionszulassung durch Ergänzungsurteil?

Häufiger dürfte der Fall praktisch werden, daß einer Partei zur Frage der Zulassung der Revision kein Gehör gewährt worden ist und das Urteil des OLG diesen Punkt mit Schweigen übergeht und damit die Zulassung ablehnt. Die heute überwiegende Meinung lehnt eine Zulassung durch Ergänzungsurteil nach § 321 ZPO mit der Begründung ab, es sei kein von der Partei geltendgemachter Anspruch übergangen; der dadurch verursachte Eingriff in die Rechtskraft des Berufungsurteils sei nicht zu billigen.⁵³ Die im Rückzug begriffene Gegenmeinung⁵⁴ wird dem Ziel einer Selbstkontrolle der Fachgerichte freilich besser gerecht: Gestattet man einer Partei, die Zulassung durch Ergänzungsurteil zu beantragen, so kann sie Gehörsverletzungen in der Berufungsinstanz durch Revision geltendmachen und ist nicht auf die Verfassungsbeschwerde verwiesen.

IV. Wiederaufnahme des Verfahrens

Da Korrekturen unter Gehörsverletzung ergangener Urteile im Weg der Erweiterung des Instanzenzugs nicht in Betracht kommen und eine Abänderung durch das erkennende Gericht nur in wenigen engen Ausnahmefällen möglich ist, kommt für eine Selbstkontrolle der Zivilgerichte auf diesem Sektor allein die Wiederaufnahme des Verfahrens in Betracht. Mit diesem Vorschlag wird gewissermaßen wieder an die gemeinrechtliche Tradition der Nichtigkeitsbeschwerde angeknüpft;⁵⁵ manche partikularen Kodifikationen nannten die Verkürzung des rechtlichen Gehörs sogar ausdrücklich als Nichtigkeitsgrund.⁵⁶

52) Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 134 I 1 b; Klette, ZZP 82, 93 (104 ff.); a. A. E. Schneider, NJW 1967, 23, der Vollstreckungsgegenklage für zulässig hält. Johlen, NJW 1967, 1262 schlug Nichtigkeitsklage entsprechend dem (aufgehobenen) § 579 III 1 ZPO vor; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 308 Anm. 1 D halten nur die Verfassungsbeschwerde für möglich.

53) Prütting, S. 268 mit Nachw. aus der älteren Rechtsprechung und Literatur; Weyreuther, Rdnr. 174; Gerhardt, Festschrift für Beitzke, S. 191 (201); Lässig, Rechtsmittelzulassung, S. 66 ff., 113; Zöller-Schneider, 13. Aufl., § 546 Anm. III 12 b; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 143 I 1 d; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 321 Anm. 4 d; BGH 44, 395; OLG Karlsruhe, VersR 1978, 648; OLG Koblenz, NJW 1977, 2218; OLG Köln, MDR 1978, 583.

Allerdings ist heute die Versagung rechtlichen Gehörs in der ZPO nicht mehr ausdrücklich als Nichtigkeitsgrund genannt.⁵⁷ § 579 I Nr. 4 ZPO nennt aber einen speziellen Fall der Verletzung rechtlichen Gehörs als Grund für die Nichtigkeitsklage.^{57a} Da die Nichtigkeitsgründe keineswegs der analogen Anwendung entzogen sind,⁵⁸ erscheint eine analoge Anwendung des § 579 I Nr. 4 auf alle Fälle der Verletzung des rechtlichen Gehörs im Urteilsverfahren durchaus erwägenswert. Im Beschlußverfahren⁵⁹ bedarf es dieses Wegs nicht, weil hier Erweiterung des Instanzenzugs und Gegenvorstellung ausreichende Korrekturmöglichkeiten eröffnen.

Der Vorschlag Brauns⁶⁰ wird allerdings überwiegend abgelehnt, teils, weil die Analogie zu weit gehe und aus dem (aufgehobenen) § 579 III ZPO ein Umkehrschluß zu ziehen sei,⁶¹ teils, weil hierfür kein Bedürfnis bestehe, weil Verstöße des rechtlichen Gehörs besonders das Beschluß-, weniger das Urteilsverfahren beträfen.⁶² Nur noch historische Bedeutung hat das Bedenken Henckels,⁶³ es werde für das BVerfG nicht mehr genügend zu tun bleiben, wenn man die Nichtigkeitsklage zulasse.

In der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann die entsprechende Anwendung des § 579 I Nr. 4 ZPO auf alle Fälle der Verletzung des rechtlichen Gehörs dagegen als herrschend angesehen werden,⁶⁴ obwohl gerade diese Prozeßordnung Verletzung des rechtlichen Gehörs und Mangel der Vertretung nebeneinander als Revisionsgründe nennt (§ 138 Nr. 3 und 4 VwGO), was eher gegen die Möglichkeit einer solchen Analogie spricht.

54) Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., § 546 Anm. 2 C b; Jauernig, 19. Aufl., § 74 II 3; H. Schneider, Z郑 65, 468 (472); Zöller-Wolfsteiner, 12. Aufl., § 546 Anm. 4; Krämer, FamRZ 1980, 971 (974 f.); Rosenberg, 9. Aufl., § 140 II 2 a; OLG Hamburg, MDR 1964, 603.

55) Vgl. dazu o. § 17 I 1.

56) Nachweise bei Braun, NJW 1981, 425 (426).

57) Die dahingehende Forderung Fischers, S. 209 ist nicht aufgegriffen worden.

57a) Dabei ist es nach BGH 84, 24 unerheblich, ob die mangelnde Prozeßfähigkeit im Hauptsacheverfahren übersehen oder die Prozeßfähigkeit ausdrücklich bejaht worden ist; zu dieser Entscheidung s. o. § 16 III 2 d.

58) Vgl. Gaul, S. 15 ff.

59) Die Wiederaufnahmevorschriften können hier entsprechend angewendet werden, so Stein-Jonas-Grunsky, 20. Aufl., vor § 578 Rdnr. 29; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, 41. Aufl., vor § 578 Anm. 2 D; Thomas-Putzo, 12. Aufl., § 578 Anm. 1 b; Rosenberg-Schwab, 13. Aufl., § 160 III 3.

60) NJW 1981, 425 (428) und 1983, 1403.

61) So Seetzen, NJW 1982, 2337 (2340); s. auch OLG Braunschweig, OLGZ 1974, 51 (53) und Keidel-Kuntze-Winkler, § 12 FGG Rdnr. 84g.

62) E. Schneider, NJW 1981, 1196; gegen ihn wieder Braun, NJW 1981, 1196 (1197).

63) Z郑 77, 321 (371).

Erzwingen werden kann mit der Bejahung der Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage eine Entlastung des BVerfG allerdings nur dann, wenn man Rechtswegerschöpfung als Voraussetzung einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde nur dann bejaht, wenn auch das Wiederaufnahmeverfahren durchgeführt ist.⁶⁵

Die Wiederaufnahmeklage ist binnen Monatsfrist zu erheben (§ 586 I ZPO). Die Zulassung beeinträchtigt daher auch die Stellung des Gegners der in ihrem Gehör verkürzten Partei nicht stärker, als dies durch eine Verfassungsbeschwerde der Fall wäre. Die Wiederaufnahmeklage erweist sich daher als eine zweckgerechte Möglichkeit einer wirkungsvollen Selbstkontrolle der Zivilgerichte bei unanfechtbaren Urteilen. Diese unterschiedliche Funktion rechtfertigt es auch, hier bei gleichem Gesetzeswortlaut anders zu entscheiden als bei der Revision (§ 551 Nr. 5 ZPO). Eine Aufnahme der Verletzung des rechtlichen Gehörs in die Liste der Nichtigkeitsgründe des § 579 I ZPO wäre zur Klarstellung wünschenswert.

64) Eyermann-Fröhler, § 153 VwGO Rdnr. 2; Kopp, § 153 VwGO Rdnr. 8; Klinger, § 101 VwGO Anm. D 1 a; a. A. BayVGH, BayVBl. 1982, 567.

65) Scherer, S. 126 f.; Kurth, S. 211 (für den früheren § 579 III ZPO); a. A. Geiger, § 90 BVerfGG Anm. 7; Zweigert, JZ 1952, 321 (326); Leibholz-Rupprecht, § 90 BVerfGG Rdnr. 82; BayVerfGH 5, 30.

§ 21. Zusammenfassung der Ergebnisse

Es kann nicht Aufgabe dieser Zusammenfassung sein, den Wesensgehalt des rechtlichen Gehörs zu umgrenzen; jeder Kurzkomentar zum GG vermag hier mehr zu bieten. Stattdessen werden einige Ergebnisse zusammengestellt, auf die hinzuweisen besonders wichtig erscheint.

1. Der Zweck des rechtlichen Gehörs erschöpft sich nicht in der Aufgabe, die richtige Entscheidung sicherzustellen. Es hat vielmehr als prozessuales Urrecht des Menschen die Funktion, seiner Subjektstellung in jedem gerichtlichen Verfahren Rechnung zu tragen (§ 3).
2. Das rechtliche Gehör ist nicht Teil eines allgemeinen Verfahrensgrundrechts, das sich aus einer Zusammenschau der prozessualen und materiellen Grundrechte gewinnen ließe. Bereits eine sachgerechte Auslegung des Anspruchsgehalts gewährleistet den Beteiligten effektiven Rechtsschutz und ein faires Verfahren (§ 4).
3. Zum Inhalt des rechtlichen Gehörs gehören das Recht auf Orientierung über den entscheidungserheblichen Sachverhalt, das Recht auf Äußerung zu allen Grundlagen der Entscheidung und das Recht auf Berücksichtigung des Geäußerten durch den Richter. Für die Ausübung des Äußerungsrechts kann die Bestellung eines Anwalts vorgeschrieben werden; die Zurechnung von dessen Verschulden in nichtvermögensrechtlichen Anwaltsprozessen ist aber mit dem Recht auf Gehör unvereinbar (§§ 6 - 8).
4. Kein Beteiligter darf durch die Entscheidung des Gerichts überrascht werden. Das Gericht darf daher der Entscheidung keine rechtlichen Erwägungen zugrundelegen, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten; eine Pflicht, die Rechtsmeinung, die sich das Gericht gebildet hat, vor dem Urteil bekanntzugeben, besteht hingegen nicht (§ 9).
5. Der Beteiligte muß ausreichend Zeit zur Ausübung seines Äußerungsrechts haben. Hat er aber eine Gelegenheit zur Äußerung versäumt, so steht das rechtliche Gehör der Nichtzulassung von Vorbringen in einem späteren Verfahrensstadium nicht entgegen (§ 10).

6. Auch die Gewährung eines effektiven Äußerungsrechts ist Bestandteil des rechtlichen Gehörs. Wenn nötig, muß der Richter einer Partei die zur Wahrnehmung erforderliche Hilfestellung leisten. Er setzt sich dadurch nicht dem Vorwurf der Befangenheit aus (§ 11).
7. Die Beteiligten haben rechtliches Gehör vor jeder Entscheidung, die für sie mit einer endgültigen Rechtsbeeinträchtigung verbunden ist. Wenn das Prozeßrecht das Recht auf Gehör nicht ausreichend gewährleistet, ergibt sich der Anspruch unmittelbar aus Art. 103 I GG. Entscheidungen, die ohne vorheriges Gehör des Gegners ergehen, müssen sicherstellen, daß diesem kein bleibender Nachteil entsteht, wenn sich die vorläufige Entscheidung bei seiner nachträglichen Anhörung als ungerechtfertigt erweist (§§ 12 - 14).
8. "Ausnahmen" vom Grundsatz des rechtlichen Gehörs gibt es nicht. Weiteres Gehör eines Beteiligten ist allerdings entbehrlich, wenn er einmal gehört worden ist und ohnehin zu seinen Gunsten entschieden werden soll (§ 15).
9. Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht nicht nur den an einem Verfahren formell Beteiligten zu. Wird ein Dritter unmittelbar von einer Entscheidung rechtlich betroffen, ohne daß er dieser Beeinträchtigung entgehen konnte, so muß ihm in dem zwischen anderen Parteien geführten Prozeß Gehör gewährt werden (§ 17).
10. Trotz der Bedeutung des rechtlichen Gehörs für jedes gerichtliche Verfahren macht ein Verstoß die Entscheidung nicht wirkungslos. Ein Beruhen auf der Gehörsverletzung kann kaum jemals verneint werden. Der Unterschied zwischen Zivil- und Verwaltungsprozeß in der Qualifikation als relativer oder absoluter Revisionsgrund ist daher ohne große Bedeutung (§ 18).
11. Jede Verletzung einer rechtliches Gehör gewährenden Norm des Verfahrensrechts, die auf fehlerhafter Subsumtion beruht, ist zugleich eine Verletzung von Art. 103 I GG; fehlerhafte Interpretation ist es nur dann, wenn dadurch zugleich die dem Gesetzgeber gezogenen Grenzen überschritten werden (§ 19).

12. Die Verfassungsbeschwerde erweist sich in den Fällen offenkundiger ver-
sehentlicher Verstöße eines Gerichts gegen das rechtliche Gehör als ver-
meidbarer Umweg. Eine Selbstkontrolle der Zivilgerichte ist daher auch
dann, wenn die Regelung der ZPO ihr entgegenzustehen scheint, zu be-
fürworten. Ob einer Korrektur in gleicher Instanz, einer Erweiterung des
Instanzenzugs oder der Wiederaufnahmeklage der Vorzug zu geben ist,
läßt sich nicht für alle Fälle einheitlich beantworten (§ 20).

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Ahorner v. Ahornrain, Joseph Karl, Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeschwerde im Civilprocesse, Diss. Erlangen, Augsburg 1812
- v. Alberti, Günter, Das Verfahren nach freiem Ermessen vor dem Amtsgericht, Diss. Tübingen 1945
- Appelhagen, Horst G., Gilt Artikel 103 Absatz 1 des Grundgesetzes im Amtsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit? Diss. München 1966
- Arens, Peter, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., München 1982
- Arndt, Adolf, Das rechtliche Gehör, NJW 1959, 6
- Arndt, Adolf, Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 1959, 1297
- Arndt, Adolf, Staatsanwalt und Verfassungsbeschwerde, DRiZ 1959, 368.
- Arndt, Adolf, Eröffnungsbeschluß, rechtliches Gehör und Menschenrechtskonvention, NJW 1960, 1191
- Arndt, Adolf, Anmerkung zu dem Urteil des OLG Düsseldorf vom 3.5.1961 - (2) Ss 249/61 -, NJW 1961, 1734
- Arndt, Adolf, Fragen des rechtlichen Gehörs, NJW 1962, 25
- Arndt, Adolf, Hat die Staatsanwaltschaft kein verfassungskräftiges Recht auf rechtliches Gehör? NJW 1962, 1192
- Arndt, Adolf, Anmerkung zu dem Urteil des BayVerfGH vom 15.5.1962 - 139-VI-61 -, JZ 1963, 65
- Arndt, Adolf, Rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und Zeugnis vom Hörensagen, NJW 1963, 432
- Arndt, Adolf, Das rechtliche Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), NJW 1964, 1776
- Arndt, Adolf, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 11. 8. 1964 - 2 BvR 456/64 -, NJW 1965, 147
- Arndt, Herbert, Die Verletzung rechtlichen Gehörs in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, DRiZ 1983, 63
- Arndt, Jürgen, Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und des Verfahrensrechts (Rechtspflegergesetz), Berlin/Frankfurt 1957
- Arnold, Hans, Ist Artikel 34 des EWG-Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens mit Artikel 103 Abs. 1 GG vereinbar? AWD 1972, 389
- Aumüller, Peter, Die Verfahrensgrundsätze des Verwaltungsstreits unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs einer VwGO des Bundes, Diss. Würzburg 1960
- Bassenge, Peter/Gerhard Herbst, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Rechtspflegergesetz, 3. Aufl., Karlsruhe 1981
- Baudisch, Niederschreiben der Urteilsformel vor den Schlußvorträgen, NJW 1960, 135

- Bauer, Horst, Gerichtsschutz als Verfassungsgarantie. Zur Auslegung des Art. 19 Abs. 4 GG, Berlin 1973
- Baumann, Jürgen, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozeßrechts, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1979
- Baumbach, Adolf, Zivilprozeßordnung, 17. Aufl., München/Berlin 1943
- Baumbach, Adolf/Konrad Duden, Klaus J. Hopt, Handelsgesetzbuch, 25. Aufl., München 1983
- Baumbach, Adolf/Wolfgang Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 24. Aufl., München/Berlin 1956
- Baumbach, Adolf/Wolfgang Lauterbach/Jan Albers/Peter Hartmann, Zivilprozeßordnung, 34. Aufl., München 1976; 40. Aufl., München 1982; 41. Aufl., München 1983
- Baumgärtel, Gottfried, Die Unverwirkbarkeit der Klagebefugnis, ZZP 75 (1962), 385
- Baumgärtel, Gottfried, Die Grenzen für eine Zulassung der Gegenvorstellung gegen eine letztinstanzliche Beschwerdeentscheidung, MDR 1968, 970
- Baur, Fritz, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, AcP 153 (1954), 393
- Baur, Fritz, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 18.6.1957 - 1 BvR 41/57 -, JZ 1957, 543
- Baur, Fritz, Zivilprozeßrecht, 4. Aufl., Frankfurt 1982
- v. Bayer, Hieronymus, Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilproceß, 10. Aufl., München 1869
- ter Beck, Hans, Die Beteiligung des potentiellen außerehelichen Erzeugers am Prozeß über die Anfechtung der Ehelichkeit, Festschrift für Otto Mühl, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1981, S. 85
- Becker, Franz, Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, Stuttgart/Brüssel 1960
- Behrendt, Ethel Leonore, Recht auf Gehör. Grundrecht und Grundwert, München 1978
- Beitzke, Günther, Anmerkung zu dem Beschluß des KG vom 22.9. 1960 - 1 W 1880/60 -, FamRZ 1960, 506
- Beling, Ernst, Deutsches Reichsstraßprozeßrecht, Berlin/Leipzig 1928
- Benda, Ernst, Aktuelle Probleme des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1980, 2097
- Berg, Hans, Zulässigkeitsvoraussetzungen im Zivilprozeß, JuS 1969, 123
- Bergerfurth, Bruno, Der Anwaltszwang und seine Ausnahmen, Bielefeld 1981
- Bericht der Kommission für das Zivilprozeßrecht, Bonn 1977
- Berkemann, Jörg, Armenrecht für ausländische Staatsangehörige bei fehlender Gegenseitigkeit (§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO), JZ 1979, 545
- Berkemann, Jörg, Zielkonflikte bei der Änderung des Rechts der Verfassungsbeschwerde - Eine Erwidrerung, JR 1980, 268
- Berkemann, Jörg, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 7. 10. 1980 - 2 BvR 1581/79 -, EuGRZ 1981, 143

Bernhardt, Jürgen, Der geisteskranke Schuldner in der Zwangsvollstreckung. Zugleich ein Versuch einer Vertiefung der Lehre von der Prozeßfähigkeit durch den Wert des rechtlichen Gehörs, Diss. Freiburg 1967

Bernhardt, Wolfgang, Rechtsstreit, Tübingen 1939

Bernhardt, Wolfgang, Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozeß, in: Beiträge zum Zivilprozeßrecht. Festgabe zum 70. Geburtstag von Leo Rosenberg, München/Berlin 1949, S. 9

Bernhardt, Wolfgang, Das Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1968

v. Bethmann-Holweg, M. A., Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, Bd. II, Bonn 1865 (Neudruck Aalen 1959)

Bettermann, Karl August, Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/2, Berlin 1959, S. 523

Bettermann, Karl August, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 779

Bettermann, Karl August, Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsverhältnis zwischen Verwaltung und Rechtsprechung, Festschrift für Friedrich Lent zum 75. Geburtstag, München/Berlin 1957

Bettermann, Karl August, Anmerkung zu dem Beschluß des BayVerfGH vom 2.2.1962 - 109-VI-61 -, JZ 1962, 673

Bettermann, Karl August, Difformitätsprinzip und neuer Beschwerdegrund, ZJP 77 (1964), 3

Bettermann, Karl August, Der gesetzliche Richter in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 94 (1969), 263

Bettermann, Karl August, Juristische Personen des öffentlichen Rechts als Grundrechtsträger, NJW 1969, 1321

Bettermann, Karl August, Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses, öJBl. 1972, 57

Bettermann, Karl August, Anmerkung zu dem Beschluß des KG vom 18.3.1977 - I W 4047/76 -, ZJP 90 (1977), 419

Beyer, Karl-Heinz, Zur Hinweispflicht des Gerichts im Zivilverfahren, NJ 1974, 291

Birkel, Nikolaus, Prozeßkosten- und Beratungshilfe, 2. Aufl., München 1981

Bischof, Hans Helmut, Streitfragen der Vereinfachungsnovelle, NJW 1977, 1897

Bischof, Hans Helmut, Der Zivilprozeß nach der Vereinfachungsnovelle, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1980

Bley, Erich, Klagerecht und rechtliches Interesse, Leipzig 1923

Blomeyer, Arwed, Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit, ZJP 75 (1962), 1

Blomeyer, Arwed, Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1963

Blomeyer, Arwed, Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozeß, Festschrift für Eduard Böttcher, Berlin 1969, S. 61

- Blomeyer, Jürgen, Die Erinnerungsbefugnis Dritter in der Mobiliarzwangsvollstreckung, Berlin 1966
- Bockelmann, Paul, Das rechtliche Gehör im Verkehrsprozeß, DAR 1963, 231
- Böhle-Stamschröder, A./Joachim Kilger, Konkursordnung, 13. Aufl., München 1981
- Bökelmann, Erhard, Auf dem Wege zur Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JR 1971, 359
- Bolgiano, Karl, Handbuch des Reichs-Civil-Prozeßrechts. Allgemeiner Theil, Stuttgart 1879
- de Boor, Hans Otto, Die Entscheidung nach Lage der Akten, Mannheim/Berlin/Leipzig 1924
- de Boor, Hans Otto/Günther Erkel, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Wiesbaden 1961
- de Boor, Hans Otto/Günther Erkel, Zwangsvollstreckung, Konkurs und Vergleich, 2. Aufl., Wiesbaden 1962
- Bosch, Friedrich Wilhelm, Grundsatzfragen des Beweisrechts, Bielefeld 1963
- Bötticher, Eduard, Die Gleichheit vor dem Richter, 2. Aufl., Hamburg 1961
- Brackenhoeft, T[heodor], Erörterungen über die Materien des allgemeinen Theils von Linde's Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses, Leipzig 1842
- Braun, Johann, Verletzung des Rechts auf Gehör und Urteilskorrektur im Zivilprozeß, NJW 1981, 425
- Braun, Johann, Nochmals: Verletzung des Rechts auf Gehör und Urteilskorrektur im Zivilprozeß, NJW 1981, 1196
- Brox, Hans, Der Schutz der Rechte Dritter bei zivilgerichtlichen Gestaltungsurteilen, FamRZ 1963, 392
- Brüggemann, Dieter, Unausgebildete Gegnerschaftsverhältnisse, ZZP 81 (1968), 458
- Brüggemann, Dieter, Rechtliches Gehör im Zivilprozeß, JR 1969, 361
- Brüggemann, Jürgen, Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen, Berlin 1971
- Brumby, Gustav, Erörterungspflicht des Gerichts, JR 1956, 177
- Bruns, Rudolf, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., München 1979
- Büchmann, Georg, Geflügelte Worte, 32. Aufl. von Gunther Haupt und Winfried Hofmann, Berlin 1972
- Bülow, Arthur, Die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, AcP 150 (1949), 289
- Bull, Hans Joachim, Zwang zur Freiheit, DRiZ 1963, 119
- Bull, Hans Joachim, Rechtliches Gehör - auch für den Gewinner! DRiZ 1964, 264

- Burckhardt, W[alther], Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931
- Burkhardt, Herbert, Das schriftliche Verfahren im Zivilprozeß, MDR 1957, 388
- Burmeister, Joachim, Das Bundesverfassungsgericht als Revisionsinstanz, DVBl. 1969, 605
- Calamandrei, Piero, Processo e Giustizia, in: Atti del Congresso Internazionale di Diritti Processuale Civile, Padova 1953, S. 9
- Calavros, Constantin, Urteilstwirkungen zu Lasten Dritter, Bielefeld 1978
- Cappelletti, Mauro/Bryant Garth/ Nicolò Trocker, Access to Justice, RabelsZ 46 (1982), 664
- Cappelletti, Mauro/William Cohen, Comparative Constitutional Law, Indianapolis/New York/Charlottesville 1979
- Cheng, Bin, General principles of law as applied by international courts and tribunals, London 1953
- Coing, Helmut, Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947
- Colesanti, Vittorio, Die Entscheidungsbegründung im italienischen Recht, in: Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten, Wien/New York 1974, S. 355
- Couture, Eduardo J., Der verfassungsmäßige Schutz des Prozesses, ZZP 67 (1954), 128
- Croissant, Klaus, Vorbereitete Urteile im Revisions-Strafverfahren und rechtliches Gehör, NJW 1963, 1711
- Dahs, Hans (jun.), Rechtsgespräch im Strafverfahren? NJW 1961, 1244
- Dahs, Hans (jun.), Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, München/Berlin 1965
- Dahs, Hans (sen.)/Hans Dahs (jun.), Die Revision im Strafprozeß, 2. Aufl., München 1980
- Dapprich, Gerhard, Das sozialgerichtliche Verfahren, Köln/Berlin 1959
- Darbellay, Jean, Le Droit d'être entendu, Ztschr. f. schweizer. R. 83/2 (1964), 419
- Deubner, Karl G., Gedanken zur richterlichen Aufklärungs- und Hinweispflicht, Festschrift für Gerhard Schiedermair zum 70. Geburtstag, München 1976
- Deubner, Karl G., Zurückweisung verspäteten Vorbringens und Verfassungsbeschwerde, NJW 1976, 2113
- Deubner, Karl G., Zurückweisung verspäteten Vorbringens und Anspruch auf rechtliches Gehör - BayVerfGH NJW 1977, 243 -, JuS 1977, 583
- Deubner, Karl G., Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör als Rechtsbehelf im Zivilprozeß, NJW 1980, 263
- Deubner, Karl G., Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 29.4.1980 - 2 BvR 1441/79 -, NJW 1980, 1945
- Deubner, Karl G., Die Zurückweisung fristwidrigen Vorbringens im frühen ersten Termin, NJW 1983, 1026

- Dunz, Walter, Zur Kostenentscheidung bei Rechtsmitteln der ZPO, Justiz 1957, 25
- Dunz, Walter, Anmerkung zu dem Beschluß des OLG Frankfurt vom 18.12.1961 - 4 W 110/61 -, NJW 1962, 814
- Dürig, Günter, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117
- Dürig, Günter, Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, in: Staat und Bürger. Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag, München/Berlin 1958, S. 13
- Dütz, Wilhelm, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1970
- Dyroff, Anton, Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz, 7. (= 5.) Aufl., Ansbach 1928
- Echterhölder, Rudolf, Die Europäische Menschenrechtskonvention in der gerichtlichen Praxis, JZ 1956, 142
- Endemann, Wolfgang, Tendenzen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum rechtlichen Gehör, NJW 1969, 1197
- Erhard, Albert, Der Eheprozeß in der Praxis, Berlin 1957
- Erlar, Adalbert, Mittelalterliche Rechtsgutachten zur Mainzer Stiftsfehde 1459-1463, Wiesbaden 1964
- Erman, Walter (Begr.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. hrsgg. von Harm Peter Westermann, Bd. II, Münster 1981
- Eser, Albin, Das rechtliche Gehör im Strafbefehls- und Strafverfügungsverfahren, JZ 1966, 660
- Eyermann, Erich/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Aufl., München 1980
- Fechner, Erich, Kostenrisiko und Rechtswegsperrre - Steht der Rechtsweg offen? JZ 1969, 349
- Felix, G., Das Rechtsgespräch, FinRdsch. 1961, 297
- Fenn, Herbert, Anmerkung zu dem Beschluß des OLG Stuttgart vom 25.10.1965 - 8 W 150/65 -, ZZP 79 (1966), 308
- Feuring, Wolfgang, Hemmung der Verjährung durch Antrag auf Prozeßkostenhilfe? MDR 1982, 898
- Firsching, Karl, Probleme des Verfahrensrechts auf dem Gebiete der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Rechtsprechung des Jahres 1954, NJW 1955, 613
- Fischer, W[althar], Grundsätze des Zivilprozeßrechts und ihre Anwendung in der Praxis, in: Tagung Deutscher Juristen. Reden und Vorträge, Bad Godesberg 1947, S. 200
- Fitting, Hermann, Der Reichs-Civilproceß, 11. (= 10.) Aufl., Berlin 1903
- Fitting, Hermann, Zur Lehre von der weiteren Beschwerde, ZZP 2 (1880), 294.
- Forsthooff, Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Bd. I: Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973
- Förster, A./Richard Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, Bd. I, 3. Aufl., Berlin 1913

- Francke, Wilhelm, Die Nebenparteien der Deutschen Civilprozeßordnung nebst der Rechtskraft Dritten gegenüber, Göttingen 1882
- Franz, Günther, Staatsverfassungen, 2. Aufl., München 1964
- Franzki, Harald, Die Vereinfachungsnovelle und ihre bisherige Bewährung in der Verfahrenswirklichkeit, NJW 1979, 9
- Freisler, Roland, Grundsätzliches zur Strafprozeßerneuerung, in: Gürtner, Franz, (Hrsg.), Das kommende deutsche Strafverfahren, Berlin 1938, S. 11
- Freisler, Roland, Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken, Berlin 1938
- Freudenthal, Hugo/Johann David Sauerländer, Zivilprozeßordnung, 4. Aufl., München 1926
- Friedrichs, Karl, Streitverfahren, Berlin 1929
- Fuß, Ernst-Werner, Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger, DVBl. 1958, 739
- Gamp, Lothar, Die Ablehnung von Beweisanträgen im Zivilprozeß - zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Anwendbarkeit des § 244 StPO, Diss. Bochum 1980
- Gasser, Simon Peter (praeses; resp.: David Coch), De abstinentia iuris naturae a fallacibus regulis putativi processus summarii, Diss. [1708], Halle 1740
- Geffert, Martin, Beschleunigtes Verfahren mit Verzögerungsmöglichkeiten? NJW 1978, 1418
- Geiger, Willi, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Berlin/Frankfurt 1952
- Geiger, Willi, Der Richter und seine Bindung an Gesetz und Recht, DRiZ 1963, 170
- Geimer, Reinhold, Zur Nichtanerkennung ausländischer Urteile wegen nicht ordnungsgemäßen erstinstanzlichen Verfahrens, JZ 1969, 12
- Geimer, Reinhold, Nichtanerkennung ausländischer Urteile wegen nichtgehöriger Ladung zum Erstprozeß, NJW 1973, 2138
- Geimer, Reinhold, Anmerkung zu dem Beschluß des BayObLG vom 25.9.1973 - 2 Z 39/73 -, NJW 1974, 1630
- Gerhardt, Walter, Zur formellen Rechtskraft von Scheidungsurteilen, Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin/New York 1979
- Giese, Friedrich/Egon Schunck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage, Frankfurt 1962
- Gietl, Karl, Belehrungspflicht nach § 265 StPO durch das Revisionsgericht? NJW 1959, 928
- Goeckel, Klaus, Die Grundsätze des Rechtsstaats in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Tübingen 1965
- Goerlich, Helmut, Grundrechte als Verfahrensgarantien, Baden-Baden 1981
- Goldschmidt, James, Der Prozeß als Rechtslage. Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin 1925
- Goldschmidt, James, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Berlin 1932

- Gottwald, Peter, Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz, Berlin 1975
- Gottwald, Peter, Armenrecht in Westeuropa und Reform des deutschen Rechts, ZZP 89 (1976), 136
- Graf, Eduard/Mathias Diether, Deutsche Rechtssprichwörter, 2. Aufl., Nördlingen 1869
- Graf, Hans, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Erkenntnisverfahren des deutschen Zivilprozesses in Vergangenheit und Gegenwart, Diss. München 1950
- Granderath, Reinhard, Vertretungszwang und Grundgesetz, MDR 1972, 828
- Graßhoff, Richard, Der Rechtsstreit zwischen drei und mehr Widersachern, ZZP 60 (1936/7), 242
- Grundmann, Werner, Postulationsfähigkeit und Grundgesetz, DRiZ 1970, 353
- Grunsky, Wolfgang, Anmerkung zu dem Beschluß des BayObLG vom 2.9.1966 - BReg. 2 Z 37/66 -, FamRZ 1966, 642
- Grunsky, Wolfgang, Prozeß- und Sachurteil, ZZP 80 (1967), 55
- Grunsky, Wolfgang, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache, Tübingen 1968
- Grunsky, Wolfgang, Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft beim nicht-ehelichen Kind, StAZ 1970, 248
- Grunsky, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974
- Grunsky, Wolfgang, Die Entscheidungsbegründung im deutschen zivilgerichtlichen Verfahren, in: Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten, Wien/New York 1974, S. 63
- Grunsky, Wolfgang, Anmerkung zu dem Beschluß des LG Tübingen vom 12.11. 1976 - 5 R 58/76 -, NJW 1977, 1693
- Grünewald, Burkard, Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen der Strafgerichte, Diss. Bonn 1959
- Güde, Max, Staatsanwalt und Verteidiger, DRiZ 1959, 130
- Guldener, Max, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942
- Guldener, Max, Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Zürich 1979
- Gündisch, Jürgen, Die Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen, NJW 1981, 1813
- Gusy, Christoph, Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes, JuS 1982, 30
- Habscheid, Walther J., Der Anspruch auf Rechtspflege, ZZP 67 (1954), 188
- Habscheid, Walther J., Die Zivilrechtspflege im Spannungsfeld verfassungsrechtlicher Grundsätze, JR 1958, 361
- Habscheid, Walther J., Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 6.12.1965 - VII ZR 149/63 -, ZZP 79 (1966), 452

- Habscheid, Walther J., Zur Frage der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Schiedsgutachtenverfahrens, Festschrift für Franz Laufke, Würzburg 1971, S.303
- Habscheid, Walther J., Freiwillige Gerichtsbarkeit, 6. Aufl., München 1977
- Habscheid, Walther J., Das Recht auf Beweis, Z郑 96 (1983), 306
- Hahn, C., Die gesammten Materialien zur Civilprozeß, 1. Abt., Berlin 1880
- Hamann, Andreas, Rechtliches Gehör, AnwBl. 1958, 141
- Hamann, Andreas, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Neuwied/Berlin 1961
- Hamann, Andreas, Anmerkung zu dem Urteil des VGH Kassel vom 13.5.1956 - OS I 220/53 -, NJW 1956, 1940
- Hanack, Ernst-Walter, Rechtliches Gehör, Vollstreckbarkeit und Verhaftung beim Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung, JZ 1966, 43
- Harburger, Heinrich, Zur Auslegung der §§ 179, 183 und 184 GVG, BayRpflZ 1912, 121
- Hartel, Ulrich M., Absolute Beschwerdegründe im Prozess der Verfassungsschwerde, Diss. München 1970
- Hartmann, Peter, Ein Jahr Vereinfachungsnovelle, NJW 1978, 1457
- Hartmann, Peter, Kostengesetze, 21. Aufl., München 1983
- Hartz, Die mündliche Verhandlung im finanzgerichtlichen Verfahren, Betrieb 1954, 92
- Haßlacher, Ist die eidliche Vernehmung im Armenrechtsverfahren zulässig? JW 1933, 501
- Heck, Wenzel, Zur Bedeutung des Verfassungsrechtssatzes vom rechtlichen Gehör, Diss. Tübingen 1963
- Hegler, August, Zur Strafprozeßerneuerung, Stuttgart 1936
- Heilfron, Eduard/Georg Pick, Lehrbuch des Civilprozeßrechts, Bd. I, 1. Aufl., Berlin 1904
- Heim, F[ranz] F[elician], Die Feststellungswirkung des Zivilurteils, München 1912
- Heinmann, Rolf, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, Diss. Tübingen 1958
- Hellwig, Konrad, System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Erster Teil, Leipzig 1912
- Helmke, Dirk, Die Voraussetzungen "hinreichende Erfolgsaussicht" und "mutwillig" im Armenrechtsprüfungsverfahren, Diss. Hamburg 1978
- Henckel, Wolfram, Sanktionen bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, Z郑 77 (1964), 321
- Henkel, Heinrich, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968
- Hensen, Horst-Diether, Zum Rechtsgespräch im Zivilprozeß, in: Aus dem Hamburger Rechtsleben. Walter Reimers zum 65. Geburtstag, Berlin 1979

- Herbst, Walter, Die Bedeutung des Rechtsschutzanspruchs für die moderne Zivilprozeßrechtslehre, Diss. Bonn 1973
- Herschel, Wilhelm, Kündigung und rechtliches Gehör, ZAKDtR 1943, 211
- Hesse, Konrad, Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, 427
- Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., Karlsruhe 1982
- Hill, Amtsermittlungspflicht und rechtliches Gehör in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, MDR 1959, 618
- Hinz, Manfred, Verbesserter Schutz vor Überraschungsentscheidungen im Zivilprozeß - eine unnötige Reform? NJW 1976, 1187
- Hofmann, Hans, Sitzungspolizei im Strafprozess, Diss. Frankfurt 1971
- Hofmann, Paul/Friedrich Kersting, Rechtspflegergesetz, Berlin 1957
- Hoegner, Wilhelm, Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, München 1949
- Hohenester, Hermann, Das rechtliche Gehör vor den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DRiZ 1959, 213
- Hohmann, Gerhard, Die Übermittlung von Schriftstücken in der Zivil-, Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit, Köln/Berlin/Bonn/München 1977
- Holch, Georg, Prozeßkostenhilfe - auf Kosten des Persönlichkeitsschutzes? NJW 1981, 151
- Holzhammer, Richard, Österreichisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Wien/New York 1976
- Hübsch, Gerbert, Wird die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs im Zivilprozeß neu geregelt? DRiZ 1980, 140
- Hummel, Hermann, Gerichtsschutz gegen Prüfungsbewertungen, Berlin 1969
- Hummer, Rüdiger, Justizgewährung und Justizverweigerung in verfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Marburg 1972
- Husmann, J[ohann] H[ermann], Zum Dienstleistungszwang des Rechtsanwalts ohne sozialadäquate Vergütung, Betrieb 1970, 2305
- Husmann, J[ohann] H[ermann], Nochmals: Postulationsfähigkeit und Grundgesetz, DRiZ 1971, 311
- Israel, Georg R. A., Armenrechtsbewilligung im Ehelichkeitsanfechtungsprozeß, JR 1948, 305
- Jacobi, Heinz, Der Anspruch des Steuerpflichtigen auf rechtliches Gehör im Besteuerungsverfahren, Diss. Köln 1957
- Jaeger, Ernst, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, 2. Bd., 1. Halbbd., 8. Aufl. bearbeitet von Friedrich Weber, Berlin/New York 1973
- Jagusch, Heinrich, Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren, NJW 1959, 265
- Jagusch, Heinrich, Weitere Fragen zum rechtlichen Gehör im Strafverfahren, NJW 1962, 1645

Jansen, Paul, Wandlungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Recht und Staat, Heft 290/1), Tübingen 1964

Jauernig, Othmar, Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand, Tübingen 1967

Jauernig, Othmar, Zivilprozeßrecht, 18. Aufl., München 1977; 19. Aufl., München 1981

Jauernig, Othmar (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl. von Othmar Jauernig, Peter Schlechtriem, Rolf Stürner, Arndt Teichmann und Max Vollkommer, München 1981

Jauernig, Othmar, Zwangsvollstreckungsrecht, 16. Aufl., München 1983

Jellinek, Walter, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, Tübingen 1913

Jessnitzer, Kurt, Der gerichtliche Sachverständige, 8. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1980

Jessnitzer, Kurt, Dolmetscher, Köln/Berlin/Bonn/München 1982

Johlen, Heribert, Nochmals: Die Korrektur eines gegen § 308 Abs. 1 ZPO verstoßenden Urteils, NJW 1967, 1262

Jonas, Martin, Die Anhörung des Gegners im Armenrechtsprüfungsverfahren, JW 1932, 2057

Josef, Eugen, Das altrepußische Prozeßrecht und die arme Partei sowie Verwandtes, DRiZ 1912, 321

Jolowicz, J. A., Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England, in: Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, Milano 1973, S. 121

Joost, Detlev, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 10.10.1973 - 2 BvR 574/71 -, NJW 1974, 1502

Jünemann, Heinz-Robert, Rechtliches Gehör und Strafverfügungsverfahren, Diss. Münster 1964

Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, hrsgg. von Gerd Pfeiffer, München 1982

Kaser, Max, Das römische Zivilprozeßrecht, München 1966

Kaufmann, Paul, Beiträge über das Prinzip des rechtlichen Gehörs nach zürcherischem Zivilprozeßrecht, Diss. Zürich 1935

Keidel, Helmut, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Köln 1965

Keidel, Theodor, Aus der Rechtsprechung zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 1962, 478

Keidel, Theodor/Joachim Kuntze/Karl Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A, 11. Aufl., München 1978

Kellner, Horst, Zur Herausbildung, Durchsetzung und Weiterentwicklung sozialistischer Prozeßprinzipien in der DDR, NJ 1972, 217

Kellner, Horst (Hrsg.), Zivilprozeßrecht, Berlin (Ost) 1980

- Kellner, Horst/J. Göhring/H[erbert] Kietz, Zivilprozeßrecht. Grundriß, Berlin (Ost) 1977
- Kenneweg, Wolfgang, Darstellung und kritische Würdigung der Rechtsprechung zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs unter besonderer Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte, Diss. Münster 1969
- Kietz, Herbert/Manfred Mühlmann, Die Erziehungsaufgaben im Zivilprozeß und die Rolle der gerichtlichen Entscheidungen, Berlin (Ost) 1962
- Kip, Hans-Gerhard, Das sogenannte Mündlichkeitsprinzip, Köln/Berlin 1952
- Kirberger, Petra, Anmerkung zu dem Beschluß des BayVerfGH vom 2.8.1974 - 51-VI-73 -, Rpfleger 1976, 351
- Kirch, Volker, Das subjektive öffentliche Recht auf Anrufung der staatlichen Gerichte, Diss. Würzburg 1967
- Kisch, W., Anmerkung zu dem Urteil des RG vom 5.3.1929 - VII 370/28 -, JW 1929, 1596
- Kissel, Otto Rudolf, Gerichtsverfassungsgesetz, München 1981
- Kleinfeller, Georg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Aufl., Berlin 1905
- Kleinknecht, Theodor/Karlheinz Meyer, Strafprozeßordnung, 36. Aufl., München 1983
- Kleinknecht, Theodor/Hermann Müller/L. Reitberger (Begr.), KMR. Kommentar zur Strafprozeßordnung, 7. Aufl. von Hermann Müller, Walter Sax, Rainer Paulus, Darmstadt 1980
- Klette, Dieter, Zur rechtlichen Behandlung von Verstößen gegen das Verbot "ne ultra petita", ZZP 82 (1969), 93
- Klinger, Hans, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Göttingen 1964
- Knack, Hans Joachim (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. von Jost-Dietrich Busch, Wolfgang Clausen, Walter Klapstein, Karl-Robert Schwarze und Hans Joachim Knack, Köln/Berlin/Bonn/München 1982
- Kniestedt, Klaus, Kann eine wegen Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG offensichtlich begründete Verfassungsbeschwerde nach § 91a BVerfGG verworfen werden? NJW 1959, 2052
- Kniestedt, Klaus, Nochmals: Kann eine wegen Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG offensichtlich begründete Verfassungsbeschwerde nach § 91a BVerfGG verworfen werden? NJW 1960, 853
- Kniestedt, Klaus, Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, MDR 1960, 197 und 1961, 25
- Kohler, J[osef], Der Prozeß als Rechtsverhältnis. Prolegomena zu einem System des Civilprozesses, Mannheim 1888
- Koehler, Alexander, Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin/Frankfurt 1960
- Kohlenbach, Karl, Zur Frage des rechtlichen Gehörs im Steuerprozeß, Betrieb 1973, 599

- Kolb, Hans-Ulrich, Das rechtliche Gehör als verfassungsmäßiges Recht (Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 91 Abs. 1 BV), Diss. München 1963
- Kollhoser, Helmut, Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 1970
- Kölz, Alfred, Zur Auslegung einfachen Rechts durch den schweizerischen Verfassungsrichter, Ztschr. f. schweizer. R. 95/1 (1976), 29
- Kommentar zum Bonner Grundgesetz, von H. J. Abraham u. a., Hamburg 1950 ff.
- König, Hans-Günther, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs im verwaltungsbehördlichen Verfahren, DVBl. 1959, 189
- Koeniger, Hans, Die Hauptverhandlung in Strafsachen, Köln/Berlin/Bonn/München 1966
- Kopp, Ferdinand O., Verfassungsrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, München 1971
- Kopp, Ferdinand O., Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., München 1981
- Kopp, Ferdinand O., Das Rechtliche Gehör in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 106 (1981), 604
- Kralik, Winfried, Die Vorfrage im Verfahrensrecht, Wien 1953
- Kralik, Winfried, Mängel des rechtlichen Gehörs, ÖJZ 1952, 3
- Kramer, Wolfgang, Die Säumnis im schriftlichen Verfahren, NJW 1978, 1411
- Krämer, Achim, Die Nichtzulassung der Revision, FamRZ 1980, 971
- Krüger, Hildegard, Anmerkung zu dem Beschluß des BayVerfGH vom 2.2.1962 - 109-VI-61 -, DÖV 1962, 744
- Kubisch, Hans-Joachim, Überraschungsentscheidungen im Zivilprozeß, NJW 1965, 1315
- Kuchinke, Kurt, Die vorbereitende richterliche Sachaufklärung (Hinweispflicht) im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JuS 1967, 295
- Kühne, Hans Heiner, Die Kosten für den Dolmetscher im Strafverfahren, in: Kostenerstattung und Streitwert. Festschrift für Herbert Schmidt, München 1981, S. 33
- Kummer, Max, Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3. Aufl., Bern 1978
- Kunz, Bernhard, Erinnerung und Beschwerde, Tübingen 1980
- Kurth, Eberhard, Das rechtliche Gehör im Verfahren nach der Zivilprozeßordnung, Diss. Bonn 1965
- Lampson, Siegfried, Feststellung des Ehebrechers gem. § 624 ZPO ohne seine Anhörung? JR 1951, 423
- Larguier, Jean, Procédure civile. Droit judiciaire privé, 8. Aufl., Paris 1980
- Lässig, Curt Lutz, Die fehlerhafte Rechtsmittelzulassung und ihre Verbindlichkeit für die Rechtsmittelgerichte, Berlin 1976
- Lässig, Curt Lutz, Deutsch als Gerichts- und Amtssprache. Völker-, gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Anforderungen an die Behandlung Deutschunkundiger im Gerichts- und Verwaltungsverfahren, Berlin 1980

- Laufs, Adolf, Gehör zu Rechtsfragen im Zivilprozeß, JR 1967, 180
- Lawton, A. Douglas, Zur Entscheidungsbegründung im englischen Recht, in: Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten, Wien/New York 1974, S. 63
- Leibholz, Gerhard/Hans Justus Rinck, Grundgesetz, 6. Aufl., Köln 1980
- Leibholz, Gerhard/Reinhard Rupprecht, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Köln 1968
- Leipold, Dieter, Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung, ZZP 93 (1980), 237
- Leise, Horst, Anmerkung zu dem Beschluß des OLG Frankfurt vom 25.2.1960 - I Ws 89/60 -, NJW 1960, 736
- Lent, Friedrich, Die Verteilung der Verantwortlichkeit zwischen Gericht und Parteien im Zivilprozeß, ZZP 63 (1943), 3
- Leonhard, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Rpfleger 1964, 37
- Lepa, Manfred, Rechtsgespräch im Zivilprozeß, DRiZ 1969, 5
- Lerche, Peter, Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZZP 78 (1965), 1
- Lerche, Peter, Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle in Deutschland, in: Klaus Vogel (Red.), Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, Wien/New York 1979, S. 24
- Lesser, Felix, Anspruch auf rechtliches Gehör, DRiZ 1960, 420
- Levin, Louis, Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei, Berlin 1913
- Levin, Louis, Die rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung des Anwaltszwangs, Berlin 1916
- Levy, M., Die Reihenfolge der Prozeßvoraussetzungen, ZZP 20 (1894), 87
- Lindacher, Walter F., Schiedsgutachten und rechtliches Gehör, KTS 1964, 35
- Linke, Hartmut, Die Versäumnisentscheidungen im deutschen, österreichischen, belgischen und englischen Recht. Ihre Anerkennung und Vollstreckbarerklärung, Bielefeld 1972
- Löwe, Ernst, Das rechtliche Gehör, Diss. Hamburg 1957
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 23. Aufl. von Hanns Dünnebieber, Karlheinz Meyer, Karl Schäfer, Walter Gollwitzer, Lutz Meyer-Goßner, Günter Wendisch, Berlin/New York 1976 ff.
- Loewenstein, Karl, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1959
- Lorenz, Dieter, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtsweggarantie, München 1973
- Lorenz, Dieter, Der grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, AöR 105 (1980), 623

- Lorenz, Robert, Einspruch-Rücknahme gemäß § 411 Abs. 1 StPO und rechtliches Gehör im Strafbefehlsverfahren, MDR 1962, 626
- Luhmann, Niklas, Legitimation durch Verfahren, Neuwied/Berlin 1969
- Lücke, Gerhard, Die Prozeßführungsbefugnis, ZJP 76 (1963), 1
- Lücke, Gerhard, Fälle zum Zivilverfahrensrecht, Bd. I, München 1979
- Magnus, Julius, Die Rechtsanwaltschaft, Leipzig 1929
- v. Mangoldt, Hermann, Das Bonner Grundgesetz, Berlin/Frankfurt 1953
- v. Mangoldt, Hermann/Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. I, Berlin/Frankfurt 1957
- Martens, Joachim, Rechtskraft und materielles Recht, ZJP 79 (1966), 404
- Matscher, Franz, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, öZöfRVölkR 31 (1980), 1
- Maunz, Theodor/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, Grundgesetz, 5. Aufl., München 1980
- Maunz, Theodor/Bruno Schmidt=Bleibtreu/Franz Klein/Gerhard Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München 1979
- Maunz, Theodor/Reinhold Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 24. Aufl., München 1982
- Mayer=Tasch, Peter Cornelius, Die Verfassungen der nichtkommunistischen Staaten Europas, 2. Aufl., München 1975
- M'Baye, Kéba, Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil au Sénégal, in: Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, Milano 1973, S. 595
- McKechnie, William Sharp, Magna Carta. A Commentary on the Great Charter of King John, 2. Aufl., New York 1958
- Meder, Theodor, Handkommentar zur Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl., München 1978
- Medicus, Dieter, Bürgerliches Recht, 10. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1981
- Meilicke, Heinz, Der vom Staatsgeheimnis verhüllte V-Mann - Belastungszeuge? NJW 1963, 425
- Melissinos, Gerassimos, Die Bindung des Gerichts an die Parteianträge nach § 308 I ZPO (ne eat iudex ultra petita partium), Berlin 1982
- Mellwitz, Artur, Sozialgerichtsgesetz, München/Berlin 1956
- Mendler, Friedrich, Die Rechtzeitigkeit des rechtlichen Gehörs, NJW 1961, 2103
- Mes, Peter, Der Rechtsschutzanspruch, Köln/Berlin/Bonn/München 1970
- Mes, Peter, Anmerkung zu dem Beschluß des BAG vom 17.2.1971 - 5 AR 376/70 -, AP § 36 ZPO Nr. 9
- Möhring, Philipp/Rudolf Nirk, Die mündliche Verhandlung in der Revisionsinstanz für Zivilsachen, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, S. 305

- Morel, René, Traité élémentaire de procédure civile, 2. Aufl., Paris 1949
- Müller, Hanswerner, Anhörung der Beteiligten in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, NJW 1953, 1659
- Müller, Hanswerner, Anhörung der Verfahrensbeteiligten bei Vorlage einer Rechtsfrage, NJW 1957, 1016
- Müller, Hanswerner, Muß der Gegner gehört werden, bevor der Beschwerde abgeholfen wird? NJW 1960, 21
- Müller, Hanswerner, Nochmals: Muß der Gegner gehört werden, bevor der Beschwerde abgeholfen wird? NJW 1960, 720
- v. Münch, Ingo (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, München 1978
- Mümmeler, Alfred, Beschränkung des Prozeßkostenrisikos, JurBüro 1971, 1
- Mußnug, Reinhard, Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde wegen Fehlens eines "schweren Nachteils", NJW 1978, 1358
- Nakano, Teiichiro, Das Prozeßrechtsverhältnis, ZJP 79 (1966), 99
- Nawiasky, Hans/Claus Leusser/Karl Schweiger/Hans Zacher, Die Verfassung des Freistaats Bayern, 2. Aufl., München 1976
- Neale, Elisabeth, Das Schlußgehör einschließlich der schriftlichen Schlußanhörung, Diss. Hamburg 1969
- Niemeyer, Jürgen, Folgen unwirksamer Titelausschüttung an Prozeßunfähige, NJW 1976, 742
- Niese, Werner, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, Göttingen 1950
- Nicklisch, Fritz, Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte, Bielefeld 1965
- Nikisch, Arthur, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., Tübingen 1952
- Nordhausen, Richard, Laien-Ketzereien, DRiZ 1912, 716
- Odersky, Felix, Nichteheichen-Gesetz, 4. Aufl., Bielefeld 1978
- Olshausen, Hennig von, Zur Anwendbarkeit von Grundrechten auf juristische Personen des öffentlichen Rechts, Diss. Marburg 1969
- Oppetit, Bruno, Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil en Droit Français, in: Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, Milano 1973, S. 481
- Ortlieb, Dieter, Der Anspruch auf rechtliches Gehör und seine Bedeutung im Strafverfahren, Diss. Freiburg 1964
- Ossenbühl, Fritz, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen 1977, S. 129
- Ostler, Fritz, Die gesetzlichen und richterlichen Fristen von einer Woche - ein Anachronismus, ZRP 1981, 59
- Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 42. Aufl. von Peter Bassenge, Uwe Diederichsen, Wolfgang Edenhofer, Helmut Heinrichs, Andreas Heldrich, Theodor Keidel, Hans Putzo, Heinz Thomas, München 1983

- Papier, Hans-Jürgen, "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht" als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, Tübingen 1976, S. 432
- Pawlowski, Hans-Martin, Aufgabe des Zivilprozesses, ZZP 80 (1967), 345
- Pawlowski, Hans-Martin, Probleme des rechtlichen Gehörs bei der Veräußerung einer Streitsache, JZ 1975, 681
- Peaslee, Amos J., Constitutions of Nations, 3. Aufl., 4 Bde., Den Haag 1965 - 1970
- Pentz, Adolf, Einwirkungen des Grundgesetzes auf das Zivilprozeßverfahren, DRiZ 1966, 400
- Pentz, Adolf, Verfassungskonforme Auslegung zivilprozessualer Vorschriften, JR 1967, 85
- Pentz, Adolf, Keine Prozeßkostenhilfe für das Prozeßkostenhilfverfahren, NJW 1982, 1269
- Peters, [Casjen], Das echte Streitverfahren im Bereich des FGG, MDR 1952, 137
- Peters, Horst/T. Sautter/R. Wolf (Begr.), Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4. Aufl. von Walter Buss, Hubertus Hommel und Theodor Sautter, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1968 ff.
- Peters, Karl, Strafprozeß, 1. Aufl., Karlsruhe 1952; 3. Aufl., Karlsruhe 1981
- Peters, Karl, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 13.2.1958 - 1 BvR 56/57 -, JZ 1958, 435
- Peters, Karl, Die Verfassungsbeschwerde in der amtlichen Sammlung des Bundesverfassungsgerichts (Bände 1 bis 40), MDR 1976, 447
- Pfeiffer, Gerd, Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, Essen 1959
- Pfizer, G., Unzulässigkeit einer Verurteilung ohne rechtliches Gehör, ZZP 23 (1897), 434
- Pieck, Werner, Der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren. Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention in seiner Bedeutung für das deutsche Verfahrensrecht, Berlin 1966
- Piesker, Joachim Friedrich, Volle Gewährung des rechtlichen Gehörs, BB 1961, 890
- Pikart, Heinz/Karl Eugen Henn, Lehrbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln/Berlin/Bonn/München 1963
- Planck, Julius Wilhelm, Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts, Bd. I, Nördlingen 1887, Bd. II, München 1896
- Pohle, Rudolf, Zur Rangordnung der Prozeßvoraussetzungen, ZZP 81 (1968), 161
- Pohlmann, Recht oder Unrecht der Ordnungsstrafe im Armenrechtsprüfungsverfahren, NJW 1954, 847
- Prager, Franz, Das beiderseitige Gehör im Zivilprozeß, AcP 133 (1931), 143
- Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Bayern, München 1869

- Pruskowski, Wolfgang, Anmerkung zu dem Beschluß des LG Stade vom 26.7. 1978 - I S 25/78 -, NJW 1979, 931
- Prütting, Hans, Die Zulassung der Revision, Köln/Berlin/Bonn/München 1977
- Prütting, Hans, Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung, NJW 1980, 361
- Puchta, Wolfgang Heinrich, Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nicht-streitigen bürgerlichen Rechtssachen, Teil I, Erlangen 1821
- v. Rad, Gerhard, Das erste Buch Mose. Genesis, 9. Aufl., Göttingen 1972
- Rammos, Georg Th., Die Entscheidungsbegründung im griechischen Verfahrensrecht, in: Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten, Wien/New York 1974, S. 399
- Rasehorn, Theo, Die verspätete Vernehmung des Beschuldigten im Verkehrsübertretungsverfahren, NJW 1964, 576
- Raether, Joachim, Das Prinzip des Rechtsstaats in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Oberen Bundesgerichte, Diss. Hamburg 1967
- Ratz, Paul, Grundsätze eines neuen Zivilprozesses, AcP 141 (1935), 1
- Rausche, Jens, Die Bedeutung des Art. 103 Abs. 1 GG für die Stellung des Angeklagten in der Hauptverhandlung der Tatsacheninstanz, Diss. Hamburg 1967
- Redeker, Konrad/Hans Joachim von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., Stuttgart 1981
- Rehbinder, Manfred, Das Ordnungsstrafverfahren wegen Ungebühr vor Gericht, MDR 1963, 640
- Reichel, Jürgen, Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Zivilprozeßordnung, Diss. Gießen, Pohlheim 1971
- Reichert, Max, Die deutschen Gerichte der Zukunft, DRiZ 1912, 612
- Reiner, Helmut, Die Zurückweisung einer beabsichtigten Klage durch Beschluß, Diss. Erlangen 1959
- Reinhardt, Klaus, Das rechtliche Gehör in Verwaltungssachen, Diss. Zürich 1968 (= Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft, N. F., Heft 291)
- Renaud, Achilles, Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilproceßrechts, 2. Aufl., Leipzig/Heidelberg 1873
- Riehle, Joachim, Probleme des schiedsrichterlichen Verfahrens, NJW 1950, 853
- Ritter, Christian, Zum persönlichen Sicherheitsarrest nach §§ 918, 933 S. 1, 1. Alt. ZPO, ZJP 88 (1975), 126
- Röhl, Hellmut, Das rechtliche Gehör, NJW 1953, 1531
- Röhl, Hellmut, Die Anhörung des Beschwerdegegners im Strafprozeß, MDR 1955, 522

- Röhl, Hellmut, Zwischenbilanz der Verfassungsbeschwerde, JZ 1957, 105
- Röhl, Hellmut, Das rechtliche Gehör, NJW 1958, 1268
- Röhl, Hellmut, Anmerkung zu dem Beschluß des BayVerfGH vom 28.11.1958 - 100-VI-57 -, NJW 1959, 285
- Röhl, Hellmut, Kann eine wegen Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG offensichtlich begründete Verfassungsbeschwerde nach § 91a BVerfGG verworfen werden? NJW 1959, 2053
- Röhl, Hellmut, Das rechtliche Gehör, NJW 1964, 273
- Röhl, Hellmut, Zwischenbescheide, NJW 1966, 630
- Rosenberg, Leo, Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozeß, ZVP 49 (1925), 38
- Rosenberg, Leo, Zu dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung, ZVP 57 (1933), 185
- Rosenberg, Leo, Die Anfechtbarkeit von Urteilen gegenüber Prozeßunfähigen oder gegenüber einer nicht durch ihren richtigen gesetzlichen Vertreter vertretenen Partei, JZ 1951, 43
- Rosenberg, Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 4. Aufl., München/Berlin 1949; 7. Aufl., München/Berlin 1956; 9. Aufl., München/Berlin 1961
- Rosenberg, Leo/Karl Heinz Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., München 1974; 12. Aufl., München 1977; 13. Aufl., München 1981
- Roth-Stielow, Klaus, Der Abstammungsprozeß, 2. Aufl., München 1978
- Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, 17. Aufl., München 1982
- Rumpel, Manfred, Wesen und Verwirklichung des rechtlichen Gehörs im deutschen Recht, Diss. Würzburg 1960
- Rüping, Hinrich, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, Berlin 1976
- Saar, Über den Anwaltszwang, DRiZ 1914, 353
- Säcker, Horst, Das rechtliche Gehör Verfahrensgeschäftsunfähiger in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Rpfleger 1971, 161
- Sauer, Gisbert, Postulationsfähigkeit und Grundgesetz, DRiZ 1970, 293
- Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Prozessrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1929 (Neudruck Aalen 1970)
- Sauerländer, J. D., Entscheidungen nach Lage der Akten und Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung, LZ 1924, 222
- Schacht, Sigurd, Das rechtliche Gehör im Gesetzgebungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verbände, Diss. Würzburg 1969
- Schäfer, Ludwig, Verfassungsbeschwerde und Erschöpfung des Rechtswegs durch Gegenvorstellung, BayVBl. 1976, 679
- Schätzler, Johann-Georg, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 25.10.1956 - I BvR 440/54 -, NJW 1957, 947

- Scheld, Rudolf, Art. 103 Abs. 1 GG und das Verfahrensrecht zur Gewährung des rechtlichen Gehörs, Rpfleger 1974, 212
- Schellhammer, Kurt, Zivilprozeß, Heidelberg 1982
- Scherer, Gisela, Die Verfassungsbeschwerde in ihrer Bedeutung für den gerichtlichen Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt, Diss. Freiburg 1959
- Schlaich, Klaus, Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidung, JuS 1982, 278
- Schlaich, Klaus, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 99
- Schlegelberger, Franz, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 7. Aufl., Köln/Berlin 1956
- Schlosser, Peter, Gestaltungsfragen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966
- Schlosser, Peter, Urteilswirkungen und rechtliches Gehör, JZ 1967, 431
- Schlosser, Peter, Zivilprozeßrecht I. Erkenntnisverfahren, München 1983
- Schlüchter, Ellen, Das Strafverfahren, Köln/Berlin/Bonn/München 1981
- Schmidt, Eberhard, Anmerkung zu dem Beschluß des OLG Koblenz vom 25.9. 1958 - I Ws304/58 -, JZ 1959, 31
- Schmidt, Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl., Göttingen 1964; Teil II, Göttingen 1957; Teil III, Göttingen 1960
- Schmidt, Eberhard, Deutsches Strafprozeßrecht, Göttingen 1967
- Schmidt, Holger, Die Gegenvorstellung im Erkenntnis- und summarischen Verfahren der ZPO, Diss. Bonn 1971
- Schmidt, Richard, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl., Leipzig 1906 (Neuausgabe 1910)
- Schmidt=Bleibtreu, Bruno/Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., Neuwied/Berlin 1980
- Schmidt=Bleibtreu, Bruno, Verfassungsmäßige Rechte im finanzgerichtlichen Verfahren nach der Spruchpraxis des Bundesverfassungsgerichts, DStR 1968, 167
- Schneider, Egon, Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens, JR 1965, 328
- Schneider, Egon, Die richterliche Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO), MDR 1968, 721
- Schneider, Egon, Einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nach §§ 707, 719 Abs. 1 ZPO, MDR 1973, 356
- Schneider, Egon, Verfassungsbeschwerde bei Nichtzulassung der Revision trotz Abweichung, NJW 1977, 1043
- Schneider, Egon, Rechtliches Gehör bei Selbstablehnung des Richters, JR 1977, 270
- Schneider, Egon, Beiträge zum neuen Zivilprozeßrecht, MDR 1977, 881

- Schneider, Egon, Beweis und Beweiswürdigung, 3. Aufl., München 1978
- Schneider, Egon, Probleme bei Aufhebung und Zurückverweisung im Beschwerdeverfahren, MDR 1978, 525
- Schneider, Egon, Deutsch als Gerichtssprache, MDR 1979, 534
- Schneider, Egon, Der Einfluß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf das Zivilprozeßrecht, MDR 1979, 617
- Schneider, Egon, Nochmals: Verletzung des Rechts auf Gehör und Urteilskorrektur im Zivilprozeß, NJW 1981, 1196
- Schneider, Egon, Prozeßkostenhilfe - eine Zwischenbilanz, MDR 1981, 793
- Schneider, Egon, Anmerkung zu dem Urteil des LAG Düsseldorf vom 24.11.1981 - 24 Sa 1125/81 -, EzA § 794 ZPO Nr. 4
- Schneider, Egon, Beschwerderecht und Bindungswirkung bei wegen Gehörsverletzung fehlerhaften Verweisungsbeschlüssen, DRiZ 1983, 24
- Schneider, Herbert, Die Revision in nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten, Z郑 65 (1952), 468
- Schneider, Herbert, Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 12.12.1960 - III ZR 191/59 -, Z郑 74 (1961), 288
- Schneider, Rolf, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Anwaltsberufs, NJW 1977, 873
- Schneider, Rudolf, Die Unmittelbarkeit der Grundrechtsverletzung als Vorbedingung einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde, DVBl. 1969, 325
- Schönke, Adolf/Fritz Baur, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 10. Aufl., Karlsruhe 1978
- Schönke, Adolf/Horst Schröder/Werner Niese, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 8. Aufl., Karlsruhe 1956
- Schönke, Adolf/Kurt Kuchinke, Zivilprozeßrecht, 9. Aufl., Karlsruhe 1969
- Schoreit, Armin/Jürgen Dehn, Beratungshilfegesetz. Prozeßkostenhilfegesetz, Heidelberg 1982
- Schorn, Hubert, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Neuwied/Berlin 1963
- Schorn, Hubert, Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und ihr Zusatzprotokoll in Einwirkung auf das deutsche Recht, Frankfurt 1965
- Schultz, Günther, Blick in die Zeit, MDR 1959, 174
- Schultze-Rhonhof, Klaus, Das rechtliche Gehör im Verwaltungsverfahren, Diss. Münster 1957
- Schultzenstein, Max, Anmerkung zu dem Beschluß des KG vom 14.5.1888, Z郑 13 (1889), 394
- Schultzenstein, Max, Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime in Ver-
gleichung nach den einzelnen Prozeßarten, Z郑 43 (1913), 301

- Schumann, Ekkehard, Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen, Berlin 1963
- Schumann, Ekkehard, Zur Prüfungspflicht des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden. Das Beruhen gerichtlicher Entscheidungen auf dem Grundrechtsverstoß, DRiZ 1963, 388
- Schumann, Ekkehard, Keine Präklusion im Beschwerdeverfahren: Das Bundesverfassungsgericht als Bundesgerichtshof, NJW 1982, 1609
- Schumann, Ekkehard, Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, ZZP 96 (1983), 137
- Schütz, Hans, Das rechtliche Gehör bei der Entscheidung über die bedingte Entlassung, NJW 1961, 582
- Schwab, Karl Heinz, Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, ZZP 77 (1964), 124
- Schwab, Karl Heinz, Zur Wiederbelebung des Rechtsschutzanspruchs, ZZP 81 (1968), 412
- Schwab, Karl Heinz, Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., München 1979
- Schwartz, Harald, Gewährung und Gewährleistung des rechtlichen Gehörs durch einzelne Vorschriften der Zivilprozeßordnung, Berlin 1977
- Seetzen, Uwe, Die Anhörungsrüge kraft Verfassungsrechts, NJW 1982, 2337
- Seibert, Claus, Befangenheit und Ablehnung, JZ 1960, 85
- Seibert, Gerhard, Die Verfassungsbeschwerde in der Spruch-Praxis des Bundesverfassungsgerichts, in: Die Freiheit des Anderen, Festschrift für Martin Hirsch, Baden-Baden 1981, S. 491
- Seibert, Helga, Europäische Menschenrechtskonvention und Bundesverfassungsgericht, in: Die Freiheit des Anderen, Festschrift für Martin Hirsch, Baden-Baden 1981, S. 519
- Seidel, Theodor, Das Recht des Beschuldigten auf rechtliches Gehör im Strafprozeß, Diss. Köln 1963
- Serick, Rolf, Rechtsform und Realität juristischer Personen, 2. Aufl., Tübingen 1980 (= 1. Aufl., Berlin 1955)
- Seuffert, Walter, Über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Bindungswirkung, AöR 104 (1979), 169
- Sieg, Karl, Die Rechtskrafterstreckung bei Rechtsnachfolge und ihre Bedeutung für die Vollstreckung nach § 883 ZPO, ZZP 66 (1953), 23
- Siegert, Karl, Allgemein anerkannte und regionale Grundsätze im Zivilprozeßrecht, AcP 155 (1956), 28
- Skedi, Arthur, Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung, Leipzig 1886 (Neudruck 1970)
- Skonietzki, Richard/Max Gelpcke, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Bd., Berlin 1911
- Söllner, Rainer, Der Beweisantrag im Zivilprozeß, Diss. Erlangen-Nürnberg 1972
- Sonnen, Theodor, Das neue Zivilprozeßrecht, Berlin 1924

- Sonnwald, Karl-Heinz, Die Deklaration der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10.12.1948, Frankfurt/Berlin 1955
- Soergel, Hs. Th. (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Bd. 6 Familienrecht, redigiert von Hermann Lange, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1982
- Sorgenicht, Klaus/Wolfgang Weichert/Tord Riemann/Hans-Joachim Semmler, Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik. Dokumente, Kommentar, Bd. 2, Berlin (Ost) 1969
- Sprung, Rainer/Bernhard König, "Iura novit curia" und rechtliches Gehör, öJBl. 1976, I
- v. Stackelberg, Curt Freiherr, Der Anwalt im Strafprozeß, AnwBl. 1959, 190
- v. Stackelberg, Curt Freiherr, Zum rechtlichen Gehör in Zivilsachen bei den Kollegialgerichten in erster Instanz, MDR 1983, 364
- Stahl, Walter E., Beiladung und Nebenintervention, Berlin 1972
- Stalev, Zhivko, Fundamental Guarantees of Litigants in Civil Proceedings: A Survey of the Laws of the European People's Democracies, in: Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, Milano 1973, S. 355
- Staud, E., Verfahren nach freiem Ermessen, DJ 1939, 1545
- Stehmann, Eckard, Zum rechtlichen Gehör in der Zwangsvollstreckung, Diss. Gießen 1973
- Stein, Friedrich, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 1. Aufl., Tübingen 1921
- Stein, Friedrich/Martin Jonas, Zivilprozeßordnung, 18. Aufl. bearbeitet von Adolf Schönke und Rudolf Pohle, Tübingen 1953-1956; 19. Aufl. bearbeitet von Rudolf Pohle, Ekkehard Schumann, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Tübingen 1972; 20. Aufl. bearbeitet von Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Peter Schlosser, Ekkehard Schumann, Tübingen 1977 ff.
- Stein, Friedrich/Josef Juncker, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 3. Aufl., Tübingen 1928
- Steinwedel, Ulrich, "Spezifisches Verfassungsrecht" und "einfaches Recht". Der Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen Gerichtsentscheidungen, Baden-Baden 1976
- Steuerwald, Hans, Das Versäumnisverfahren im Zivilprozess der wichtigsten außerdeutschen Kulturstaaen Europas, Berlin 1938
- Strack, Heinz, Theorie des Rechtsstaats, Hamburg 1970
- Sträuli, Hans/Georg Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozeßordnung, 2. Aufl., Zürich 1982
- Stree, Walter, Deliktsfolgen und Grundgesetz, Tübingen 1960
- Stürner, Rolf, Die Einwirkungen der Verfassung auf das Zivilrecht und den Zivilprozeß, NJW 1979, 2334
- Sydow, R./L. Busch (Begr.), Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 21. Aufl. von Walter Krantz und Franz Triebel, Berlin 1935
- Thieme, Werner, Rechtsfragen der nationalen Minderheiten in der Bundesrepublik Deutschland, in: Festschrift für Karl Gottfried Hugelmann, Bd. II, Aalen 1959, S. 631

- Thomashausen, André, Verfassung und Verfassungswirklichkeit im neuen Portugal, Berlin 1981
- Thomas, Heinz/Hans Putzo, Zivilprozeßordnung, 7. Aufl., München 1974; 12. Aufl., München 1982
- Thuesen, Elisabeth/Ole Lando, Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil Danois, in: Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, Milano 1973, S. 334
- Tiedemann, Klaus, Zeugen vom Hörensagen im Strafverfahren, JuS 1965, 14
- Tiedemann, Klaus, Anmerkung zu dem beschluß des BVerfG vom 26.5.1966 - 2 BvR 261/66 -, JZ 1967, 570
- Tinner, Rolf, Das rechtliche Gehör, Ztschr. f. schweizer. R., N.F., Bd. 83/2 (1964), S. 295
- Tillmann, Wolfgang, Nochmals: Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, MDR 1960, 490
- Trocker, Nicolò, Processo Civile e Costituzione, Milano 1974
- Trocker, Nicolò, Gegenwartsprobleme der italienischen Zivilrechtspflege, ZZP 91 (1978), 237
- Tschira, Oskar/Walter Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 5. Aufl., Stuttgart/München/Hannover 1982
- Ule, Carl Hermann, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, 537
- Ule, Carl Hermann, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1962
- Ule, Carl Hermann, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl., München 1980
- Ulrich, Erwin, Nochmals: Muß der Gegner gehört werden, bevor der Beschwerde abgeholfen wird? NJW 1960, 709
- Ulsamer, Gerhard, Zur Geltung der Grundrechte für juristische Personen des öffentlichen Rechts, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 199
- Vantius, Sebastian, Tractatus de nullitatibus, processuum ac sententiarum, Köln 1588
- Vargha, Julius, Die Vertheidigung in Strafsachen, Wien 1879
- Velu, Jacques, La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil, in: Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, Milano 1973, S. 245
- Vincent, Jean, Procédure Civile, 19. Aufl., Paris 1978
- Voigt, Alfred, Geschichte der Grundrechte, Stuttgart 1948
- Vollkommer, Max, Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen, ZZP 81 (1968), 102
- Vollkommer, Max, Der Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren im Zivilprozeß, Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, S. 195
- Vollkommer, Max, Verfassungsmäßigkeit des Vollstreckungszugriffs, Rpfleger 1982, 1

- Waechter, Heinz, Der Anspruch auf rechtliches Gehör im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Betrieb 1971, 289
- Walchshöfer, Alfred, Die Berücksichtigung nachgereichter Schriftsätze im Zivilprozeß, NJW 1972, 1028
- Walder=Bohner, Hans Ulrich, Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1983
- Waldner, Wolfram, Das amtsgerichtliche Fehlurteil unterhalb der Berufungssumme, NJW 1980, 217
- Waldner, Wolfram, Der Rechtsschutz im Entmündigungsverfahren, NJW 1982, 316
- Waldner, Wolfram, Kann Prozeßkostenhilfe auch für das Prozeßkostenhilfebewilligungsverfahren gewährt werden? JurBüro 1982, 801
- Walsmann, Hans, Die streitgenössische Nebenintervention, Leipzig 1905
- Wangemann, Die Zwangsübereignung und ihr Rechtsbehelf im Verfahren gemäß § 825 ZPO, NJW 1953, 1012
- Watson, Garry D., Fundamental Guarantees of Litigants in Civil Proceedings in Canada, in: Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation, Milano 1973, S. 189
- Wegener, Wilhelm, Die neuen deutschen Verfassungen, Essen/Kettwig 1947
- Weißler, Adolf, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, Leipzig 1905
- Weitzel, Jürgen, Der grundrechtswidrige Zuschlag, JuS 1976, 722
- Wenger, Leopold, Institutionen des Zivilprozeßrechts, München 1925
- Werner, Bernhard, Rechtskraft und Innenbindung zivilprozessualer Beschlüsse im Erkenntnis- und summarischen Verfahren, Köln/Berlin/Bonn/München 1983
- Werner, Fritz, Das Problem des Richterstaates, Berlin 1960
- Wetzell, Georg Wilhelm, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., Leipzig 1878 (Neudruck Aalen 1969)
- Weyreuther, Felix, Revisionszulassung und Nichtzulassungsbeschwerde in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte, München 1971
- Wieczorek, Bernhard, Zivilprozeßordnung, 1. Aufl., Berlin 1957-1963; 2. Aufl., Berlin 1976 ff.
- Wild, Moritz, Die Sitzungspolizei in Strafsachen, Diss. Erlangen 1933
- Willenbruch, Klaus, Das Armenrecht der juristischen Personen, Berlin 1977
- Wimmer, August, Anmerkung zu dem Beschluß der EMRK vom 17.1.1963 - Nr. 1035/61 -, NJW 1963, 2247
- Winter, Gerd/Karl F. Schumann, Sozialisation und Legitimierung des Rechts im Strafverfahren, zugleich ein Beitrag zur Frage des rechtlichen Gehörs, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. III (1972), S. 529
- v. Winterfeld, Achim, Das Verfassungsprinzip des rechtlichen Gehörs, NJW 1961, 849
- Wintrich, Josef M., Zur Problematik der Grundrechte, Köln/Opladen 1957
- Wintrich, Josef M., Die Bedeutung der "Menschenwürde" für die Anwendung des Rechts, BayVBl. 1957, 137

- Wintrich, Josef M./Hans Lechner, Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/2, Berlin 1959, S. 643
- Woesner, Horst, Rechtliches Gehör und Sitzungspolizei, NJW 1959, 866
- Wolf, Manfred, Rechtliches Gehör und die Beteiligung Dritter am Rechtsstreit, JZ 1971, 405
- Wurzer, Gustav, Nichturteil und Nichtiges Urteil, Breslau 1927
- Zacher, Hans F., Die Selektion der Verfassungsbeschwerden - Die Siebfunktion der Vorprüfung, das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung und das Kriterium der unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit des Beschwerdeführers, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, Tübingen 1976, S. 396
- Zeiss, Walter, Zivilprozeßrecht, 5. Aufl., Tübingen 1982
- Zeller, Friedrich/Kurt Stöber, Zwangsversteigerungsgesetz, 11. Aufl., München 1983
- Zeuner, Albrecht, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I, München/Berlin 1965, S. 1013
- Zeuner, Albrecht, Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen, Karlsruhe 1974
- Zeuner, Albrecht, Zur Tragweite negativer Abstammungsentscheidungen, Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag, Wien 1978, S. 383
- Ziemer, Herbert/Hans Birkholz/Günter Ernst/Siegbert Seeger, Finanzgerichtsordnung, 3. Aufl., München 1978
- Zippelius, Reinhold, Problemjurisprudenz und Topik, NJW 1967, 2229
- Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozeßordnung, 12. Aufl. von Reinhold Geimer, Peter Gummer, Walter Karch, Josef Mühlbauer, Peter Philippi, Franz Scherübl, Egon Schneider, Dieter Stephan, Max Vollkommer, Hans Wolfsteiner, Köln 1979; 13. Aufl. von Reinhold Geimer, Peter Gummer, Josef Mühlbauer, Peter Philippi, Franz Scherübl, Egon Schneider, Dieter Stephan, Max Vollkommer, Köln 1981
- Zuck, Rüdiger, Die Verfassungsbeschwerde, München 1973
- Zweigert, Konrad, Die Verfassungsbeschwerde, NJW 1967, 2229

Das Literaturverzeichnis weist alle Einzelschriften und größeren Aufsätze nach. Kurze Aufsätze und Urteilsanmerkungen in leicht zugänglichen Zeitschriften sind in der Regel nur dann aufgenommen, wenn sie mehrfach zitiert sind. Einzelschriften sind im Text nur mit dem Namen des Verfassers zitiert; bei mehreren Veröffentlichungen desselben Verfassers ist durch Zusatz eines Kurztitels gewährleistet, daß im Hinblick auf das Literaturverzeichnis keine Zweifel über das gemeinte Werk entstehen können.

L e b e n s l a u f

Am 25. September 1957 wurde ich in Kronach in Oberfranken als erstes von zwei Kindern des Syndikus Dr. Wolfgang Waldner und seiner Ehefrau, der Studienrätin Dr. Friederike Waldner, geboren. Von September 1963 bis März 1964 besuchte ich die Volksschule in Redwitz an der Rodach, sodann bis April 1966 in Heidenheim an der Brenz (Württemberg) und bis Juli 1966 wieder in Redwitz. Von September 1966 bis Oktober 1968 war ich Schüler des Meranier-Gymnasiums in Lichtenfels, von November 1968 bis Mai 1975 besuchte ich den mathematisch-naturwissenschaftlichen Zweig des Hans-Sachs-Gymnasiums in Nürnberg, wo ich am 21. Juni 1975 die Abiturprüfung ablegte.

Seit dem Wintersemester 1975/76 studiere ich Rechtswissenschaft, vom Sommersemester 1976 bis zum Sommersemester 1981 studierte ich daneben Semitische Philologie, Staatswissenschaften und Alte Geschichte an der Universität Erlangen-Nürnberg. Am 3. Dezember 1979 legte ich in Erlangen die Erste Juristische Staatsprüfung ab. Seit 1. Januar 1980 bin ich als wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Zivilrecht und Zivilprozeßrecht tätig. Am 19. September 1980 wurde ich beim Oberlandesgericht Nürnberg in den Juristischen Vorbereitungsdienst aufgenommen. Am 23. Juli 1981 erwarb ich in Erlangen den Grad eines Magisters in den Fächern Semitische Philologie, Staatswissenschaften, Zivilrecht und Zivilprozeßrecht.

Copy-Center 2000

852 ERLANGEN · Obere Karlstr. 30
Tel. 09131-26197